جـامعة الجزائـر

معهد العلـوم القـانونية والاداريـة

العــرف كمصدر للقــانون الدولي العــام

بحـــث

لنيل شهـادة الماجستير فى القـانون الدولي
والعلاقـات الدوليـة

مقـــدم

من الطالب مولـود مديـه

تحت اشراف الأستاذ الدكتور عبد الكريم شرحولي

لجنــة المنــاقشة

الدكتـــور .... رئيســا .

الدكتـــور .... مقــررا .

الدكتـــور .... عضــوا .

الدكتـــور .... عضــوا .

(أ)

الإفتتاح :

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله عز وجل :

" ألم تر كيف ضرب الله مثلا كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء (26) تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها ، ويضرب الله الأمثال للناس لعلهم يتذكرون (27) ومثل كلمةٍ خبيثة كشجرة خبيثة اجتثت من فوق الأرض ما لها من قرار (28) يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة ، ويضل الله الظالمين . ويفعل الله ما يشاء (29) . "

صدق الله العظيم

من سورة إبراهيم عليه السلام .

الإهــــداء •

تـنـقـضي الأعـمـار وتـبـقـى الأعـمـال •••• قـبـل سنتيـن مـن هـذا الـتاريخ إرتـعـشـت كليـة الحـقـوق لـنـبـأ وفـاة الأستـاذ المرحـوم مـالـك بـوعـلام ـ أسـتـاذي المشرف، الـذي يـعـود لـه الفـضـل الكـبيـر في إنجاز هـذا البـحـث • لـذا فإنـنـي أقـف وقـفـة إجـلال أمـام روحـه التي فاضت إلى بارئها • وأسـأل اللـه الـعـلي الـقـديـر أن يتـغـمـده بـرحـمـتـه ـة وأن يـسكـنـه فـسـيـح جنـاتـه •إنـه عـلى ما يـشاء قـديـر نجـابـة جـديـر •

ـرت الأحـوال وتـوالـت الـتـشـجـيـعـات، واكـتـمـل الـبـحـث و

ـد للـه • وهـا أنـا أهـديـه إلـى :

ـلـة مـديـه الـكبيـرة •

ـوأبـي •

ـنـي الأربـعـة وعـائـلاتـهـم •

ـتـي الـصـغـيـرة •

ـة الأقـارب و الـزمـلاء •

أولاد عـبـد الـهـادي في 1986/12/08•

الـتـوقـيـع : مـولـود مـديـه •

تـم تصحيح هذا البحث قبل وبعد الطباعة • ولعل القارئ الكريم سيتنبه الى ذلك • وعليه فإنني أعتذر له عن وقوع هذه الأخطاء • سواء تم تصحيحها أو سهوت عنها •

الشكر

أغتنم فرصة طباعة هذا البحث المتواضع لأقدم شكري الجزيل إلى كل الذين ساهموا من قريب أو من بعيد لظهور هذا البحث إلى عالم الواقع . وإنني أخص بالذكر منهم :

- الأستاذ المحترم عبد الكريم شرحولي عن توجيهاته القيمة وتضحيته بالعطلة الصيفية ولوفائه بالمواعيد .
- كل أساتذة كلية الحقوق (الجزائر) الذين ساهموا في تكويني أو قدموا لي التوجيهات والمعلومات لإتمام البحث .
- كل الزملاء الذين ساهموا بالكتب أو المعلومات أو الكلمة الطيبة .
- سليماني ابراهيم الذي قدم لي يد المساعدة للحصول على الكثير من المراجع .
- كل مسؤولي وموظفي وعمال المعهد الوطني للتجارة الذين ساهموا في كتابة أو سحب هذا العمل المتواضع .

التوقيع : مولود مديه .

مقدمة :

تغيرت بنية المجتمع الدولي في المرحلة اللاحقة للحربين العالميتين تغيرا جوهريا • حيث شهد المسرح الدولي ظهور عدة عناصر تكرس ذلك ، نذكر منها ما يلي :

ظهور إيديولوجية جديدة مناقضة للإيديولوجية الرأسمالية ، التي كانت سائدة قبل ذلك الوقت • مما أدى إلى القضاء على التجانس بين الأنظمة المكونة للمجتمع الدولي المغلق " النادي المغلق " من جهة ؛ وفتح المجال لظهور مرحلة جديدة تمتاز بعدم التجانس بين الأنظمة السياسية التي يتشكل منها المجتمع الدولي من جهة ثانية •

إذا كان كل نظام يتبنى مبادئ متناقضة مع المبادئ التي يتبناها النظام المقابل ، فإن ذلك أدى إلى نتيجتين رئيسيتين :

1 - وقوف أنصار الإيديولوجية الإشتراكية ضد قواعد القانون الدولي السائدة ؛ بحجة أن أصلها رأسمالي ، إحتكاري واستعماري •

2 - تم تبني سياسة التعايش السلمي بين القوتين العظميين؛

لقد شهدت هذه المرحلة ظهور حركة شعبية عارمة تنادي بحقوقها في الإستقلال الوطني ، وتكوين الدول على غرار الشعوب الأخرى • وهكذا قامت حركات التحرير بخوض غمار الحروب التحريرية في كافة أرجاء العالم • خاصة في إفريقيا التي توجت باستقلال إحدى عشرة دولة سنة 1960 • كما تم بفضل هذه الفعاليات إستصدار القرار 1514 المتعلق بحق الشعوب في تقرير المصير في نفس السنة •

لقد أدت هذه الحركة التحريرية إلى زيادة عدد الدول في المنظومة الدولية(1) • وبذلك تغيرت بنيتها الكمية ، وأصبحت الدول

---

(1) - بلغ عدد الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة سنة 1985 حوالي مائة وتسعة وخمسين دولة (159) •

الإستعمارية تشكل الأقلية في المجتمع الدولي • وأمام هذا الوضع أرادت الدول الإستعمارية تكريس تبعية الدول الجديدة لها وخدمة مصالحها الخاصة بإتباع طريقة أخرى، تمثلت في محاولة إخضاع الدول الجديدة للقواعد القانونية التي وضعتها أيام "عزها ومجدها" الإستعماريين • ولكن الدول الجديدة نالت إستقلالها بعد أن أسقطت العديد من قواعد هذا القانون كقاعدتي الأقاليم المباحة والحقوق المكتسبة • فكيف ترضى بالقواعد التي تكونت في غيابها ولا تخدم البتة مصالحها ؟

تضاف إلى المتغيرات السابقة، متغيرات أخرى ذات طبيعة قانونية، نذكر منها :

الرأي الإستشاري الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في قضية وسيط الأمم المتحدة، المغتال في فلسطين، السيد "الكونت بيرنادوط" بتاريخ 1949/04/11 • حيث طلبت منظمة الأمم المتحدة من المحكمة إبداء رأيها في إمكانية رفع مطالبة دولية، بشأن التعويض عن الخسائر والأضرار التي أصابتها من جراء إغتيال وسيطها السالف الذكر• لقد قضى رد المحكمة الواضح والجازم على الجدل الذي كان سائدا حول تمتع المنظمات الدولية بالشخصية الدولية • حيث قالت بأن خمسين دولة كافية لإنشاء كيان موضوعي تكون له الحجة على الكافة • فاعترفت بذلك بالشخصية الوظيفية للمنظمات الدولية، محدثة بذلك تعديلا هاما في فكرة الشخصية الدولية، التي كانت تقوم على فكرة السيادة • وترتب على ذلك إتساع مفهومها، بحيث أصبح يشتمل على الدول والمنظمات الدولية •

هذا ويمكن أن نشير إلى القرار 1514 الصادر سنة 1960 الذي يناي بحق الشعوب في تقرير المصير، ويدعو الدول إلى مساعدة الشعوب المستعمرة للخروج من الإستعمار • طبقا للأهداف الواردة في المادة الأولى الفقرة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة • وهو ما كان بمثابة الضربة القاضية للسياسة الاستعمارية •

كما يمككننا أن نشير إلى المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 ؛ والتي تم تبنيها بأغلبية (87) موتا مقابل معارضة (8) دول وامتناع (12) دولة عن التصويت(1)• وبذلك ظهرت القواعد الآمرة الدولية رسميا على صعيد العلاقات الدولية • وأمام هذا الوضع الجديد يحق لنا طرح السؤال الآتي : هل تبقى صناعة القواعد القانونية الدولية بصورة عامة، والعرف بصورة خاصة؛ تستند على العمل الدولي بعد هذا التاريخ ؛ أو على أقصى تقدير بعد سنة 1980 تاريخ دخول الاتفاقية المعنية حيز النفاذ ؛ أم تحل الشرعية محل العمل الدولي ؟ وإذا كان الأمر كذلك؛ فما هو أثر القواعد الآمرة الدولية على القواعد القانونية الدولية القائمة ؟ والقواعد التي ستقوم في المستقبل؟ وما أثر ذلك على سيادات وإرادات الدول ؟ إذ من المعروف أن القانون الدولي يعني مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المتبادلة بين الأشخاص الدولية • وطالما أن المفهوم التقليدي للشخصية الدولية يقوم على السيادة ؛ فإن القانون الدولي يمتاز بالتكوين اللا مركزي؛ أي بالصفة التنسيقية ؛ حيث يساهم المخاطبون به في إنشائه • عكس الأنظمة القانونية الداخلية؛ التي تعرف أجهزة خاصة تقوم بهذه المهمة؛ بصورة عامة؛ وتمتاز أحكامها بالصفة التنفيذية • وعليه فإن الإرادة هي

---

(1) - Robledo (A.G.) Le ius-congens international, sa genèse, sa nature ses fonctions - R.C.A.D.I., 1981. III , Tome 172, London MARTINUS 1982 , P:68 .

المصدر الموضوعي لكافة المصادر التي ذكرتها المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية .

فإذا صدرت، هذه الإرادة بشكل صريح سميت بالمعاهدة . ويتم حل الخلافات التي تثور بصددها ؛ إما بالعودة إلى نصوصها (نصوص المعاهدة يفسر بعضها بعضا) أو بالرجوع الى الأعمال التحضيرية .

أما إذا صدرت بشكل ضمني ؛ فإنها تسمى بالعرف . وطالما أنه غير مكتوب ؛ فإنه يمتاز بالمرونة والغموض ؛ وهو ما يزكي ويزيد من اشتداد الخلاف حوله ؛ ابتداء من تعريفه وإثبات وجوده، إلى تحديد أطرافه وتفسير أحكامه .

إذا كانت أغلب أحكام القانون الدولي قد تكونت في غياب الدول الجديدة ؛ فكيف يمكن أن تنصاع لها رغم أنها لم تساهم في انشائها؟

وإذا كانت البلدان النامية تتشكك وتمادي قواعده الظالمة، فما مآل هذه القواعد ؟ وما السبيل إلى إيجاد قواعد عادلة ؟

وإذا كانت القواعد العرفية قد تكونت في ظل بنية النادي المغلق ؛ فكيف يمكن التوفيق بينها وبين التغيرات التي طرأت على بنية المجتمع الدولي على النحو الذي رأيناه أعلاه ؟

مما لا مفر منه، أن النزاع قائم بين وجود قواعد عرفية تكونت في الماضي ؛ وبين ظهور دول ومبادئ جديدة على الصعيد الدولي .

فكيف يمكن الخروج من هذا الصراع ؟ وبعبارة اخرى، كيف يمكن حسن استغلال موضوع العرف ؟ كيف يمكن أن يتحول من كابوس مسلط على البلدان النامية الى أداة تخدم مصالح كافة الدول ؟

أو بالأحرى كيف يمكن أن يكون العرف مصدرا للقانون الدولي العام، في ظل هذه الظروف ؟

إذا كانت أغلب البلدان النامية تتبنى فكرة القواعد الآمرة الدولية، ألا يمكن أن نعود إليها لمساعدتنا على تحقيق ذلك.
وإذا كانت هذه الدول تريد طرح مشكل العرف بجدية، فإنه من الأجدر بها أن لا تفصل ذلك بمعزل عن الشرعية الدولية. ذلك لأن إعتماد معيار العمل الدولي يعني، بشكل أو بآخر، العودة إلى الفعالية وسياسة القوة. وهو ما لايخدم مصالحها.

تظهر أهمية دراسة العرف من خلال التغيرات الكمية والنوعية والقانونية والسياسية، التي شهدها المجتمع الدولي. حيث نلاحظ التغلب العددي للبلدان الجديدة على الدول الإستعمارية. ولذلك فإن تبني الأغلبية لقيام القاعدة العرفية، يعني تكريس مواقف العالم الثالث. وإذا كان بعض الكتاب يريدون تغيير هذا المعيار بمعيار الفعالية أو القوة، حيث يربطون الأغلبية بنوع الدول المصوتة وقوتها. فإن ذلك ليس إلا تهربا من المعيار الأول، الذي أصبح يميل لصالح البلدان النامية [1]. ولذلك فإنه ينبغي على هذه الأخيرة أن تتفطن للمخاطر المترتبة على ذلك، وأن تسعى جاهدة لتكريس معيار الأغلبية العددية، وأن تقوي مركزها عن طريق الإستعانة بالشرعية الدولية، التي بدأت تتأكد شيئا فشيئا، منتهزة بذلك فرصة إنقسام المجتمع الدولي إلى الكتل الرئيسية المعروفة (الكتلة الغربية، الكتلة الشرقية، كتلة عدم الإنحياز) لخدمة مصالحها ومصالح الشعوب المستضعفة، للتخلص من القواعد العرفية الظالمة، وللمساهمة في إقامة قواعد قانونية تخدم قضايا التحرر السياسي والإقتصادي في العالم.

---

(1) _ محمد بجاوي _ من أجل نظام إقتصادي دولي جديد بالجزائر _ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع _ 1981 ص 186.

لكن كيف يتسنى لنا القيام بهذه المهمة من خلال هذا البحث؟
وما هي الطريقة المعتمدة لذلك؟

من المؤكد بأن هذا البحث لايقدم الحل النهائي لهذه المشاكل، ولكنه يبدي الإمكانيات التي تبدو بأنها تؤدي إلى ذلك، ولا يمكن أن يتأتى ذلك إلا باتباع منهجية مناسبة • فما هي المنهجية المناسبة لدراسة موضوع "العرف كمصدر للقانون الدولي العام"؟

من المعروف أن أغلب قواعد القانون الدولي ذات أصل عرفي، ولذلك فإن دراسة موضوع العرف يكاد يعني دراسة القانون الدولي ككل؛ نظرا لاتساع الموضوع وشموليته لكافة مجالات القانون الدولي • وحتى لانتيه في الموضوع رأينا أن الطريقة التحليلية للأحداث، وللعناصر المتصلة بصميم الموضوع، واستنتاج ما يمكن استنتاجه منها، هي الطريقة القادرة على مساعدتنا للوصول إلى النتيجة المرغوبة • غير أن ذلك لا يعني عدم الرجوع إلى الطرق الأخرى، إذا كان الأمر يستدعيها • ولذلك فإننا نعود إلى الطريقة التاريخية عندما ندرس بعض النقاط الأكاديمية كمحاولات التدوين، وإلى طريقة التلخيص عندما تواجهنا بعض النقاط والمسائل العرضية •

ولكي نقوم بهذه الدراسة، رأينا تقسيم الموضوع إلى بابين • نتناول في الأول العرف في الفقه والعمل الدوليين، حيث نتعرض فيه لتحديد مفهوم العرف ومجمل القضايا التي ترتبط بقيامه من جهة، ولمكانته بين مختلف المصادر من جهة ثانية •

وفي الباب الثاني ندرس تكريس وتطوير العرف • حيث نتعرض لكافة المشاكل التقليدية والحديثة المتفرعة عن التدوين • ونتناول فيما بعد الإطار المقترح لقيام القاعدة العرفية • وذلك على النحو الآتي •

الباب الأول

العرف في الفقه والعمل الدوليين.

الفصل الأول

العرف في الفقه الدولي .

يعتبر العرف من أكبر المواضيع التي استقطبت إهتمام الكتاب منذ القديم . ومع ذلك فإنه لم يتم الإتفاق على طبيعته ولا على مفهومه ، ولا على مركزه القانوني بين مختلف المصادر . وأمام هذا الوضع فإننا نضطر إلى تحديد مفهوم القاعدة العرفية أولا . ثم الإنطلاق لدراسة أركانه وكيفية نشوئه وأنواع قواعده .

المبحث الأول

مفهوم القاعدة العرفية .

تعود الصعوبة التي يتكلم عنها الكتاب(1) إلى غموض الموضوع وتباين مواقف الكتاب . وأمام هذه الصعوبة ، ينبغي إختيار معيار سليم للقيام بهذه المهمة . ورأينا أن معيار الإرادة هو الذي يخدم بحثنا أكثر من المعايير الأخرى(2). ولذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

1 ـ المفهوم اللاإرادي للقاعدة العرفية .
2 ـ المفهوم الإرادي للقاعدة العرفية .
3 ـ المفهوم الموضوعي للقاعدة العرفية .

---

(1) ـ راجع في ذلك : محمد طلعت الغنيمي ـ الأحكام العامة في قانون الأمم ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ 1970 . ص 85، محمد السعيد الدقاق ـ القانون الدولي : المصادر والأشخاص ـ الطبعة الأولى ـ بيروت الدار الجامعية 1981 ص 143 .

2) ـ منها المعيار الوصفي الذي يقسم الفكر البشري إلى ثلاثة مراحل : دينية فلسفية وعلمية . والمعيار التاريخي الذي يعتمد ثلاثة معايير كذلك : القانون الطبيعي ، القانون الوضعي ، النظام الأوروبي . والمعيار الجغرافي السياسي . راجع في ذلك : محمد طلعت الغنيمي ـ المرجع السابق ـ ص85.

../..

المطلب الأول : المفهوم اللاإرادي للقاعدة العرفية .

يذهب البعض إلى أن القانون ، وبالتالي العرف ، هو نتاج خارج عن إرادة الإنسان . يمكن أن يكون مصدره الطبيعة أو المجتمع . يطلق على الصنف الأول إسم أنصار المدرسة الطبيعية ، وعلى الثاني إسم أنصار المدرسة الإجتماعية .

الفرع الأول : أنصار المدرسة الطبيعية .

يتمركز هؤلاء حول[1] فكرة العدل ، الحكمة ، القانون المشترك بين جميع الكائنات ، القانون الضروري ، القانون الموضوعي . وبعبارة أخرى فإن القانون الطبيعي عادل ، حكيم ، مشترك بين مختلف الكائنات وضروري وموضوعي . يظهر إلى عالم الواقع عن طريق العقل ؛ حيث يستخلص قواعده نظرا لحكمته أو يكشفها من طبائع الأشياء والإنسان .

لقد تأثر هذا الإتجاه في البداية بالإتجاه اللاهوتي[2] حيث نجد بعض الكتاب يقولون بأن الله خالق القوانين الطبيعية وغرسها في البشر ، وليس للعقل سوى استخلاصها[3].

جاء " قروسيوس " فقلص من هذا الإتجاه . وقسم القانون إلى قانون طبيعي ، باعتباره يمثل متطلبات العدل والشرف والحاجة الإجتماعية[4]، وآخر إرادي . وجعل هذا الأخير تابعا للأول باعتباره مستمدا منه عن طريق العقل . وينقسم القانون الإرادي تبعا لرأي " قروسيوس " إلى المعاهدة

- et voir : LE FUR (L.), Théorhe du froit natural depuis le 17ème siècle et la doctrine moderne. R.C.A.D.I. 1927 . II. T.17.P.271. AINSTI QUE GIANNI (G.), La coutume en droit inetrnational, PARIS, PEDONE 1931. P.: 46 (4)/...

- Rousseau (Ch.) , droit iternatioanal public, T.:1, introduction et sources, PARIS, SIREY 1971 P.31. (1)

-voir ,SCOT (JB) , VITORIA et SUAREZ : contribution des théologiens au droit international , PARIS Pedone 1939 . (2)

- GIANNI (G) , ibid , P : 30 (3)

- GIANNI (G) , ibid , P : 19 (4)

(الرضاء الصريح) والعرف (الرضاء الضمني) • وتكمن قوتهما الإلزامية في مطابقتهما للقانون الطبيعي[1].

جاء " فريدريك وولف " (1679 ـ 1754) فأكمل الطريق وقسم القانون إلى القانون الضروري (الطبيعي) والقانون الوضعي • وقسم هذا الأخير إلى القانون المتأتي من رضاء الدول الصريح (المعاهدة) والمتأتي من رضاء الدول الضمني (العرف) ، والمتأتي من رضاء الدول المفترض، وهو القانون الذي يطبق على الدولة بمجرد دخولها إلى المجتمع الدولي [2].

يقع العرف تبعا للتقسيمين السابقين تحت هيمنة القانون الطبيعي • وهو اتفاق ضمني • لكن أيصح القول بأن العرف إتفاق ضمني تم في حدود القانون الطبيعي كتعريف؟

إن المجاملة والعادة إتفاقان ضمنيان تما ضمن حدود القانون الطبيعي • فما الفرق بين العرف والعادة والمجاملة ؟

حاول البعض تعريفه بقولهم : العرف إتفاق ضمني تم في طبقة ما تحت الشعور[3]. وفي الحقيقة، فإن هؤلاء لم يغيروا من الصيغة القديمة إلا قليلا • فبينما كانت تقضي باكتشاف القواعد الكامنة فينا، اصبحت تكشف عن القواعد التي تتم فينا •

ان أقل ما يمكن أن يقال لهذا الصنف، أنه لايمكن تفسير طبقة ما تحت الشعور إلا باللاشعور • وحينها يكون العرف متمثلا في الغريزة وهو ما يمكن أن نسميه بالواقعة القانونية ، الأمر الذي لايتفق مع الرأي الراجح حول نظرية العرف • ٤٢٠٢٥٦

حاول البعض التهرب من هذه المفارقة الغريبة بالقول بأن :

" الإنسان يكشف بعقله القواعد القانونية ... والأخلاقية الكامنتان فينا ... القانون الوضعي لايعمل سوى تحديد القانون الطبيعي عن

---

(1) - QUADRI (R.), Le fondement du carctère obligatoire du droit inter-- national public, R.C.A.D.I. 1952. I., T: 80 PARIS, SIREY 1953 P:594. et GIANNI (G.), op; cit, P.: 18.

(2) - Le Fur (L.), Théorie du droit naturel depuis le 17e siècle et la doctrine moderne, R.C.A.D.I. Leyde, AW sijthoff, 1927, P: 329 et GIANNI (G) La coutume en droit international, cit, P: 37.

(3) - Voir: GIANNI (G.), Ibid, P.93

طريق إصداره وإضفاء الجزاء عليه ... " (1).

يان أقل ما يقال لهؤلاء أنه إذا كان القانون كامنا فينا ، لماذا يحتاج إلى الكشف والإصدار لكي يتحول ويعود إلينا ملزما . ألا تكفي الفطرة ؟

وخلاصة القول تتمثل في عجز هذه المدرسة عن تقديم مفهوم واضح للعرف . إذ ما هي مبادئ القانون الطبيعي ؟ هل تتشابه إستخلاصات العقول لهذه المبادئ المستمدة من طبائع الأشياء ؟ وفي ظل الإنقسام الدولي الحالي ، بأي عقل نأخذ ؟ وهل تتمتع النتائج المستخلصة بالصفة المطلقة أم النسبية ؟

وعلى كل ، فإن الإجابة بالسلب أو بالإيجاب (على هذا الأخير) يعني تدهور النظرية . فإذا كانت النتائج مطلقة ، فإن ذلك يعني تحجر وتقوقع ميدان العرف . وإذا كانت نسبية ، فإن ذلك يعني عدم استقرار النتائج التي نتحصل عليها باستعمال العقل . مما يجعل هذا الأخير أداة مشكوكا فيها . وهو ما يمس صميم النظرية .

حاول هؤلاء تفسير المجهول بالمجهول . الأمر الذي أفرغ المحاولة من أية قيمة واقعية ويجعلها مجرد بناء نظري .

الفرع الثاني : أنصار المدرسة الإجتماعية .

يعد من أنصار هذه المدريسة كل من " سافيني " ، " دوجي " ، " جورج سال " ، رومانو " ، " بوليتيس " و" جاني قريقوار " و" علي صادق أبو هيف " .

يتمحور هؤلاء حول فكرة التضامن الإجتماعي ، الشعور القانوني المشترك ، الحاجة الاجتماعية ، الإنتماء إلى الوسط الإجتماعي وإرادة الهيكل الإجتماعي .

---

(1) - Le fur (L.), thèrie du droit naturel. Cite P.303.

وهكذا يعتقد نفر منهم بأن القانون ضرورة إجتماعية ، ونتيجة حتمية للتضامن اللازم بين الأفراد والشعوب[1]. وتبعا لذلك فإن "كل قاعدة ... تحس ضمائر الأفراد بضرورة صيرورتها ملزمة، تصبح قاعدة قانونية ." ويترتب على ذلك أن العرف " ليس محلا للرضا . وإنما يُفرض بفضل القوة التي يحملها في ذاته . "[2]. أو هو الحد الأدنى للأخلاقية الضرورية لوجود المجتمع[3]. وفي كلا الحالتين فإن العرف ليس تصرفا إراديا .

يقع هو لا في مفارقة عجيبة ، تتمثل في كيفية التوفيق بين جعل القانون مرتبطاً بإحساس ضمائر الأفراد من جهة ، ونكران الإرادة من جهة ثانية . فما هي قيمة الإحساس في ظل إبعاد الرضا . ؟ وجعل العرف يفرض نفسه بالقوة التي يحملها في ذاته . ثم ما هي التقنية التي تعبر ضمائر الأفراد من خلالها على ضرورة صيرورة قاعدة ما ملزمة ؟

حاول الأستاذ " بوليتيس " التهرب من هذا السؤال بافتراض العرف " واقعة مجردة ذاع الشعور بوجودها "[4]. ولكنه وقع في شراك ضرورة التمييز بين العرف والعادة .

كما حاول الأستاذ " دوجي " تحديد هذه التقنية عن طريق تقسيم ظهور القاعدة إلى مرحلتين ، تكون في الأولى عبارة عن قاعدة أخلاقية وفي الثانية تتحول إلى قاعدة قانونية ، تستمد إلزاميتها من ضرورة إحترامها لحسن سير الجماعة[5]. لكنه لم يفلح في تحديد

---

(1) _ كما يرى " دوجي " و " سال " نقلا عن علي صادق أبو هيف _ القانون الدولي العام _ الطبعة 11 _ الإسكندرية _ منشأة المعارف _ 1975 _ ص 89 .

(2) _ كما يرى " دوجي " نقلا عن Thierry (H.), droit international public_ PARIS, MONTCH RESTIEN, 1981 P.: 117.

(3) _ Gianni (G.), op Cit , P.: 172.

(4) _ ويشاطره في ذلك " سال " . راجع في ذلك حامد سلطان _ ق.د.ع في وقت السلم _ ط6 القاهرة _ دار النهضة العربية 1976 . ص 15 .

(5) _ أنظر محمد طلعت الغنيمي _ الأحكام العامة ... المشار إليه . ص 103 .

هذه التقنية • ولم يحدد من له سلطة إعلان هذه الإلزامية •

بعد هذه المحاولات نتطرق لرأي الأستاذ علي صادق أبو هيف الذي يقول فيه :

" ••• وهذه القواعد تنشأ تباعا وتفرض وجودها نتيجة الحاجة إليها • وتثبت بإقرار الدول لها إما ضمنيا بالتواتر على إتباعها • وإما صراحة بالنص عليها في المعاهدة ••• واحترام الدول ••• تمليه ••• ضرورات الحياة في المجتمع البشري (1) "

إنها محاولة جريئة لتحديد هذه التقنية؛ بالإعتماد على عملية الاقرار لكن إلى أي مدى تصح هذه الفكرة ؟

المعروف أن الفقه الدولي والعمل والقضاء لايمنعون إدراج الأعراف في المعاهدات؛ وهذا ما يتم فعلا في مؤتمرات التدوين • وانطلاقا من هذه الملاحظة نصل إلى نتيجة خطيرة تتمثل في أن العرف هو المصدر الوحيد للقانون الدولي؛ طالما أن القانون تفرضه الحاجة الإجتماعية ؛ ويتم إقراره صراحة أو ضمنا ؛ ويترتب على ذلك إستبعاد دور الإرادة في إنشاء القانون وجعل هذا الأخير مجرد واقع تقره الدول • وهذا يعني وجود نظام قانوني لايتمتع أشخاصه بالإرادة • وهو ما لايتفق أبدا مع الحقيقة والواقع •

ومع وجود هذه الملاحظات؛ فإن هناك فكرة محورية لا يستهان بها ؛ تتمثل في تبعية العرف خاصة ؛ والقانون عامة ؛ لما هو أعلى منه • سواء تمثل ذلك في الضرورة الإجتماعية أو الحاجة • وهذا يعني عدم إمكانية وجود قاعدة مخالفة لهذه المعاور • وهكذا فإن الفريق المناصر لإرادة الهيكل الإجتماعي يصرحون بسمو (2) إرادة الهيكل الإجتماعي على الأعراف والإتفاقيات الدولية •

---

(1) ـ علي صادق أبو هيف ـ القانون الدولي العام ـ المرجع السابق ص 90•

(2) ـ راجع ؛ - Quadri (R.), cours général du droit international public, R.C.A.D.I., 1964. III, T.:113, LEIDE, AW.SIJTHOFF 1966. P.320.

وأخيرا فإن مختلف الآراء لم تستطع تبديد الغموض الذي يحوم حول فكرة القانون عموما والعرف خصوصا • مع اعترافنا بأن العرف يولد في المجتمع ويعيش فيه • لكن كيف يولد ؟ وكيف يعيش ؟ وما هي الحدود التي ينبغي أن يتبلور فيها ؟ يحيلنا البحث عن الأجوبة لهذه الأسئلة إلى المطلب الآتي •

المطلب الثاني : المفهوم الإرادي للقاعدة العرفية •

يذهب نفر من الكتاب إلى إقامة القانون على إرادة أشخاص القانون الدولي العام • وانطلاقا من مبدإ سيادة الدولة وعدم خضوعها للقانون إلا بإرادتها المنفردة [1] توصل البعض إلى القول بفكرة التقييد الذاتي • ولما كان هؤلاء يهددون كيان القانون الدولي فإننا نستبعدهم من هذه الدراسة ، لتعذر الحديث عن مفهوم القاعدة العرفية في ظل هذا الإتجاه ، وتبعا لذلك يبقى لنا اتجاهان رئيسيان هما اتجاها الإرادة الجماعية والإرادة المشارعة •

الفرع الأول : إتجاه الإرادة الجماعية •

يناصر هذا الإتجاه كل من " تريبال " و " أنزيلوتي " و " كافاليبري " حيث يعتقدون بأن القانون الدولي يصدر عن إرادة مشتركة بين دولتين فأكثر • ويترتب على ذلك ظهور إرادة جماعية تعلو إرادات الأشخاص ، فيتحقق بذلك الشرط الأساسي لصحة القانون • وهو ضرورة صدوره من سلطة عليا تفوق سلطة الخاضعين لأحكامه [2] ومن ثم يستمد القانون أساس قوته الإلزامية • وتبعا فإن الدولة لاتستطيع سحب رضائها بعد إصداره [3].

أما العرف بالنسبة لهؤلاء ، فهو إتفاق ضمني إنصرفت إليه الإرادة الضمنية للجماعة • وهو ما يشير إليه الفقه الأنجلوسكسوني حيث يرى الأستاذ " ويستلاك " بأن العرف يتمثل في " السلوك الذي يرتضيه

---

(1) ـ راجع في ذلك : محمد طلعت الغنيمي ـ الأحكام العامة في قانون الأمم ـ المشار إليه ـ ص 120• والأستاذ حافظ غانم ـ مبادئ القانون الدولي العام ـ القاهرة ـ دار النهضة العربية 1972 ص 85•

(2) ـ محمد عزيز شكري ـ المدخل إلى ق •د•ع وقت السلم ـ القاهرة ـ دار الكتاب 1968 ص 43•

(3) ـ كما يرى أنزيلوتي نقلا من رسالة " جاني قرقوار " المشار إليها ص 77•

المجتمع باعتباره ملزما " أو هو السلوك غير المتنج في حجيته ، كما يعتقد الأستاذ " وليام هال "[1].

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد سامي عبد الحميد ما يلي[2]:

" القاعدة العرفية قاعدة قانونية غير مكتوبة ، يتواتر الأشخاص القانونيون المكونون لجماعة معينة على الإنصياع لها ، لعلمهم بتمتعها بوصف الإلزام القانوني ، الناتج عن انصراف الإرادة الضمنية للجماعة (أو الفئة المسيطرة عليها) إلى تكليف كافة أعضائها بالخضوع لحكمها ، بصدد ما ينشأ بينهم من علاقات تنظمها ".

وفي الحقيقة ، فإن الإرادة الجماعية تفترض التجانس بين الإرادات ، فإلى أي مدى يصح ذلك في العلاقات الدولية ؟

كان التجانس موجودا وقت سيادة النادي المغلق ، حين كانت العائلة الدولية تتكون من الدول المسيحية فقط . أما الآن فقد تغيرت بنية المجتمع الدولي كميا وكيفيا ، مما يجعل الحديث عن الإنسجام بين الإرادات أمرًا صعبا .

وفي ظل التنظيم الدولي الحالي ، الى أي جهاز تسند هذه المهمة .

يتكون مجلس الأمن من عدد محدود من الدول ، مما يجعله سلطة تشريعية في حالة إسناد هذه المهمة إليه . وهذا مالم تتجه إليه نية أنصار هذا الإتجاه . وتبقى الجمعية العامة الوسيلة الأخيرة لأخذ إرادتها بعين الإعتبار ، لكن الميثاق لم يمنحها ذلك إلا في حدود ضيقة جدا . وبذلك تبقى الإرادة الجماعية مجرد إفتراض نظري يحتاج إلى تدعيم واقعي .

- GIANNI (G) , Lacoutûme en droit international, cit , P : 88- 91 - (1)

(2) - محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول : القاعدة الدولية - الطبعة الأولى - القاهرة - مؤسسة شباب الجامعة 1972 ص 273 .

الـفـرع الثانـي: إتـجـاه الإرادة الـشـارعـة .

يـنـاصـر الأسـتـاذ محمد طلعت الغنيمي هذا الإتجاه ، ويـعـتـقـد[1] بـأن القـانـون " خـلـق مـن الإرادة الـشـارعـة لأشـخـاصـه الذيـن يمـلـكـون هـذه الإرادة " وأن الـعـرف ليس مصدرا منشئا للقانون الدولي . وليس تـعـبـيـرا ضمنيا ، إنـه :[2]

" صـورة مـن الـصـور التي تـظـهـر فـيـهـا الإرادة الـشـارعـة لأشـخـاص القانون الدولي ، الـذين يملكـون تلك الإرادة . وهـو ليس تـعـبـيـرا ضـمـنـيـا وإنما هـو تـعـبـيـر صـريـح عـن تلك الإرادة . "

ويـضـيـف قائلا : "ومـن ثـم فـهـو دليـل من أدلـة إثـبـات تلك الإرادة ووسيـلـة مـن وسـائـل تحـقـيـقـهـا . وتـبـعـا فإنـه يتـعـاصـر - من حيث الوجود الـزمـنـي مـع الارادة ، فلا يـسـبـقـهـا ولا يلحقـهـا ."(3).

مـعـنـى هـذا أن الإرادة الشـارعـة تـنـشـئ القانون ، وأن العـرف يكشـف بـعـض القواعـد مع اعتـبـاره أداة لإثبـات الإرادة ووسيـلـة لتحقيقها .

بـتـفـسـيـر كلمـة " القانون " والحصول على مكوناتها (العرف والمعاهدة) إننـا نتـحـصـل على صيـغـة طـريـفـة : تـتـمـثـل في أن الإرادة تـنـشـئ العرف والمعاهدة . ثـم يقوم العرف بـكـشـف بـعـض قواعدها أي الـعـرف يكشف العرف .

إذا كان العرف كاشفا ، فـكـيـف يكـون وسـيـلـة لتحـقـيـق الإرادة الـشـارعـة؟ إذا كانت مهـمـة هذه الإرادة تكمن في " خلق القانون " فكـيـف يـكـون العرف دلـيـلا عليـهـا ؟ وإذا كان العـرف نتاج الإرادة الـشـارعـة ، فكيف نتـصـور إصدار الإرادة الـشـارعـة لتـصـرف كاشف؟ إذ مـن المعروف أن المشرع عندما ينشئ القانون يـكـون بـعـيـدا عـن كشف وتبني قواعد سابقة . بل أن كلمـة " كشف " تعني وجـود القاعدة قبـل الكشف عنهـا ، فكيف يمكـن

---

(1) - محـمـد طلعت الغنيـمـي - الأحكام العامـة في قانون الأمـم - المشار إليه - ص 380 .

(2) - محمد طلعت الغنيمي - المرجع الـسـابق - ص 380 .

(3) - محمد طلعت الغنيـمـي - المرجع الـسـابق - ص 383 .

التوفيق بين عملية " خلق القانون " وجعل العرف ليس منشئا . ثم ما هو الفرق بين العرف والمعاهدة ؟ وأخيرا ، من يمتلك الإرادة الشارعة في ظل التنظيم الدولي الحالي ؟

هكذا يعجز أنصار المدرسة الإرادية عن تقديم الصورة الكاملة للعرف كما عجزت المدرسة الطبيعية .

لقد تمحورت المدرسة الإرادية - بصورة عامة - حول اعتبار العرف إتفاقا ضمنيا ، ويترتب على ذلك ما يلي :

1 - تتحقق المساواة بين العرف والمعاهدة ، ويبقى الاختلاف الوحيد متمثلا في التقنية المتبعة في إنشاء كل منهما . فبينما يكون التعبير صريحا في المعاهدة ، فإنه يكون ضمنيا في العرف . غير أن هذا يؤدي إلى إشكالية التفرقة بين العرف وما يعرفه الفقه الأنجلو سكسوني من اتفاقيات العرفاء (غير مكتوبة) خاصة في ظل رأي الأستاذ الفنيمي الذي يعتبر العرف صورة صريحة للإرادة الشارعة .

2 - يمكن نكران التكرار على العرف كما فعل الأستاذ الفنيمي (1) و " بيراسي " (2) وهذا خطير على نظرية العرف ؛ حيث يجردها من أحد عناصرها .

3 - حصر حجية العرف بالدول التي ارتضت به فقط ، لأن الدول تتمتع بالحرية في إمكانية الرضا . أو الإحجام عنه .

4 - كما يمكن عرقلة تطور القانون الدولي بحرمانه من القواعد الدولية الآمرة .

5 - هل تخدم هذه النظرية مصالح البلدان النامية ؟ يذهب البعض الى أن هذه النظرية حازت على موافقة (3/4) ثلاثة أرباع سكان العالم ، وتحقق المساواة في السيادة (3) .

---

(1) - محمد طلعت الغنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - المشار إليه ؛ ص 374 .

(2) - 66Giann..i(G.) , Op Cit, P.78

(3) - Chaumont (Ch.),sens de droit impératif (Cous de D.E.A-NANCY 1977/78.

يتمثل المرد على هؤلاء في أن النظرية نفسها تقف حائلا ضد البلدان الجديدة في نضالها للتخلص من هيمنة قواعد القانون الدولي التقليدي . أما مسألة إدراجها مع مبدإ المساواة في السيادة ، فليس إلا مراوغة سياسية . لأن المبدأ نفسه نجده مكرسا في المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة . ومن ثم فإنها الكفيلة بتحقيق ذلك .

ثم إن القضاء - بعد أن أخذ بها - بدأ يتشكك فيها . خاصة في حكم محكمة العدل الدولية في قضية " نوتون بوهم " . وبعد بداية تبلور النظام العام الدولي فمن المؤكد بأن النظرة إلى هذه الإرادة ستتغير . وهو ما سنبحث فيه فيما يلي .

المطلب الثالث : المفهوم الموضوعي ورأي الباحث

بعد هذه المجابلة حول الإتجاهين اللاإرادي والإرادي ، نتطرق للإتجاه الذي يبدو قريبا من الموضوع . ممهدين بذلك للمفهوم المقترح الذي نقدمه بهذا الصدد . ولذلك نقسم أيضا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : المفهوم الموضوعي للقاعدة العرفية .

يدخل تحت هذا العنوان الكتاب الذين تناولوا الموضوع مباشرة . منهم السادة " شتروب " و " كلسن " و " فيردروس " و " حامد سلطان " و " انزيلوتي في رأيه المعدل .

يتمركز فكر هؤلاء . حول تكوّن العرف من تكرار السوابق حتى تتحصل على القبول العام باعتبارها قانونا . وهي الفكرة التي قال بها القاضي " نقيليسكو [1] " في رأيه الملحق بالرأي الإستشاري للمحكمة الدائمة للعدل الدولية رقم (12) في قضية اللجنة الأوروبية لنهر الدانوب الصادر في 1927/12/08 . حيث اعتبر العرف بمثابة

---

(1) - GIANNI (G) ; Op.cit; P ; 120 et voir MAREK (K) ; Les soure du droit international ? , serie ? , V : 2 , CPJI , 1922 - 1945 , genève , presse de S avoie , 1967 , P: 809 ;

" الحوادث المتكررة ... الشعور القانوني المشترك " ولكنهم لا يتوقفون عند هذا الحد بل اشترطوا خضوع السوابق لجهة اختلفوا في تحديدها .

فبينما يشترط فيها البعض " التعبير عن قانون الشعوب "(1). يتطلب فيها آخرون " قبول الدول المتحضرة "(2) أو موافقتها لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين "(3).

وتبعا لذلك يعرف الأستاذ " شتروب " العرف بقوله :

" العرف هو القانون الذي يعترف به شخصان أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، للمساواة بينهما في وسيلة العمل المماثل الذي ينبغي أن يكون تعبيرا عن رأي قانون الشعوب ، دون أن يكون بصورة ضرورية كثير الوقوع .

وبعبارة أخرى فإن العرف هو تلك القواعد المعبرة عن قانون الشعوب، والتي يتم الإعتراف بها من طرف الدول عن طريق العمل المماثل المتأتي من التكرار .

يشير الكاتب إلى الرضا . وإلى الركن المادي باستعمال كلمتي الإعتراف " و " العمل المماثل " . مقرا بذلك دور أشخاص القانون الدولي في بلورة القواعد العرفية . ومع ذلك فإنه يهمل الركن المعنوي طالما أنه يعتبر العرف إعتراف بقانون موجود . وهو ما لا يتفق مع ما يراه أغلب فقهاء القانون الدولي : أي أن الإحساس بالإلزامية يكون مصحوبا للرضا وليس سابقا له .

أما الأستاذ حامد سلطان فإنه يعرفه بما يلي :(4)

" العرف الدولي الملزم : مجموعة من الأحكام ... نشأت من تكرار التزام الدول بها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة . بوصفها قواعد

---

(1)ـ أنظر في ذلك : - GANNI (z) , Op ;cit . P: 67 .

(2)ـ - voir , MALEA (E) , Queleques considérations sur la relation entre les principes généraux de droit et la coutume , IH.E de PARIS , 1981 P:o5

(3)ـ كما يعتقد " كلسن " و " فيردروس " . للمزيد من التفاصيل راجع محمد طلعت الغنيمي ـ الأحكام العامة في قانون الأمم ـ المشار إليه من ص124 إلى 129 . وحامد سلطان ـ ق.ع في وقت السلم ـ المشار إليه ص15 .

(4) ـ حامد سلطان ـ المرجع السابق ـ .. ، ص85.

ثبت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة ؛ وصف الإلزام القانوني، وغني عن الذكر أن الأحكام العرفية تقوم على السوابق . "
بمعنى هذا أن السوابق تولد الإحساس بالإلزامية ؛ مما يترتب عليه ظهور قاعدة عرفية ملزمة . فهل يوافق هذا القول حقيقة العرف كمصدر للقانون الدولي ؟

يعتبر هذا القول إجحافا في حق أشخاص القانون الدولي ؛ أو على الأقل بالنسبة للبلدان النامية . حيث يكون العمل الدولي معيارا لقيام القاعدة العرفية . وإنه لمؤسف حقا أن يبقى الكتاب متشبثين بالعمل الدولي ؛ في الوقت الذي بدأت تتبلور نظرية الشرعية الدولية . وعلى كل فإننا نستطيع تأويل عبارة " في حالات معينة " تأويلا يخدم الشرعية الدولية .

لقد دار عدد من الكتاب حول فكرة الشرعية ؛ منهم " كلسن "(1) الذي رتب القانون في تدرج هرمي وأعطى قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " السمو على القواعد الأخرى . لكن الأستاذ السالف الذكر، لم يوضح كيف تكونت هذه القاعدة الأساسية، التي يقر بأنها عرفية . وكيف تحصلت على قوتها الإلزامية ؟ وهو ما حاول الأستاذ " فيردروس" الإجابة عنه . حيث يعتقد بأنها تستمد إلزاميتها من القيمة المطلقة لفكرة العدالة (2) . ولكنه لم يوضح ما هي القيمة المطلقة ؟ وما هي العدالة ؟ هل هتان الفكرتان محددتان أم لا ؟ إن كانتا محددتين فمن قام بتحديدهما ؟ وما هي المعايير المستعملة ؟

نفس السؤال نحيله إلى القاضي " أنزيلوتي " الذي يجيبنا إنطلاقا من رأيه المعدل (3) حيث أصبح العرف بالنسبة له يتكون من تظافر إرادات الدول ؛ التي لايمكنها سحب رضائها بعدما تصدره ؛ لأنها

---

(1) ـ نقلا عن: - GIANNI (G) , la coutume en droit intertational , cit , p73 -

(2) ـ محمد طلعت الغنيمي ـ الأحكام العامة في قانون الأمم ـ السالف الذكر ـ الصفحة 129 .

(3) ـ الوارد في دروسه سنة 1955 نقلا عن :
DEVISSICHER (ch) , Les effectivites du Droit international public, PARIS , Pedone , 1967 , 72 .

تكون قد ساهمت بجزء يسير من جانبها لتكوين العرف، الذي ينبغي أن يكون متفقا مع الضرورة الإجتماعية والقانون الدولي التأسيسي (1).

لقد اتضح للقاضي الدولي، بعد تجربته، أن النظرية الإرادية وحدها لاتكفي. بل يجب أن تتم في إتجاه وإطار معينين. ألا وهو إتجاه الضرورة الإجتماعية والقانون الدولي التأسيسي (2).

إذا كانت فكرة الضرورة الإجتماعية مرنة وغامضة، يتعذر علينا تبنيها. فإن فكرة القانون الدولي التأسيسي تبدو مقبولة. خاصة إذا كانت تتضمن القواعد الآمرة الدولية، والمعاهدات السامية، كميثاق الأمم المتحدة. وهذا ما نعتبره دعوة إلى دراسة العرف من زاوية الشرعية الدولية، بعد أن فشلت محاولات تفسيره من زاوية العمل الدولي. وهو ما نأخذه بعين الاعتبار في المفهوم الذي نقترحه للقاعدة العرفية.

الفرع الثاني : المفهوم المقترح للقاعدة العرفية.

نستخلص من كل ما سبق وجود محورين تشترك فيهما مختلف المذاهب. أولهما يتعلق بالإرادة، حيث رأينا الإتجاه اللاإرادي يقسم القانون إلى طبيعي وإرادي أو وضعي، على حد تعبير الأستاذ " فريدريك وولف ". ورغم أنهم ينكرون الدور الإنشائي للإرادة فإنهم يقرون بدورها الكاشف للقانون الطبيعي.

كما رأينا الإتجاه الإرادي وصل إلى درجة تقديس إرادة الدولة، لدى أنصار مذهب التقييد الذاتي (إهرينغ)، ولكن أنصار المذهب الإرادي الآخرين لايتطرفون في ذلك. كما أن أنصار الإتجاه الموضوعي يقرون بها، ولو في حدود معينة.

وثاني هذين الأمرين هو التدرج. فبينما اشترط أنصار المذهب اللاإرادي

---

(1) - نقلا عن - Devisscher (ch) , les éffectivites du droit international PARIS , pédon , 1967 , P: 72 .

(2) - لقد عبر الأستاذ " دو فيشر " عن ذلك بتطابق العرف مع ضوابط عليا مستقلة عن إرادات الدول، راجع ذلك في مقالته تحت عنوان :
-- contribution à létude des sources de droit international ; mellanges GENY , T : III PARIS , , sirey , 1968 , P : 10393..

موافقة العرف للقانون الطبيعي ، اشترط أنصار مذهب الإرادة الجماعية خضوعه لهذه الإرادة ، وهو ما نادى به عدد من الكتاب الذين ينتمون إلى المذهب الموضوعي .

إن وجود هتين الفكرتين في مختلف المذاهب، يعتبر دليلا على مكانة هذين المحورين في نظرية العرف ، وأن أية محاولة تستهين بهما تعتبر محاولة فاشلة ؛ وتبعا لذلك نقدم هذا المفهوم المقترح:

العرف هو تكرار توافق المواقف المشروعة لأشخاص القانون الدولي، حتى تحصلت على عنصر الإلزام .

يترتب على هذا المفهوم مايلي :

1 - أن العرف هو تكرار توافق ...

إن كلمة " توافق " تبدو أقرب إلى معنى العرف من عبارة " الإتفاق الضمني" ، باعتبار أن السوابق المساهمة في تكوين العرف إنما هي سوابق مجردة ، بمعنى أن الدول التي تأتيها لاتكون هادفة إلى إنشاء قاعدة قانونية .

إن كلمة " توافق " تحمل في طياتها إرادة الإتيان بالتصرف، وليس إرادة إنشاء قاعدة عرفية ؛ وهي حقيقة العرف كما تبدو لنا .

تتضمن هذه الكلمة أيضا، شرط التبادل كأساس لقيام القاعدة العرفية ، وهو أمر بديهي يفهم من المعنى العادي للكلمة ، خاصة عندما تكون مضافة إلى كلمة " التكرار" التي تسبقها .

إن كلمة " توافق " توفق بين إتجاه القضاء ، أحيانا إلى النظرية الإرادية ، وأخرى إلى النظرية غير الإرادية، بأن تأخذ الإرادة الكامنة والمفترضة في مواقف الدول، كبديل عن احتمال وجود مواقف دولية لاإرادية تتمسك بها الدول للتحلل من سوابقها .

2 ـ أن العرف ... مواقف ...

إن كلمة " مواقف " تبدو مستجيبة لمدلول العرف، أفضل من كلمة العمل "la pratique" أو كلمة الاستعمال "l'usage" اللتان تفترضان العمل الإيجابي . في حين أن كلمة " مواقف " " comportement " تفيد العمل الإيجابي والموقف السلبي في آن واحد . وهذا ما يتفق مع عمل القضاء والفقه الراجح في إسناد مهمة الإنشاء إلى الموقفين معا .

3 ـ أن العرف ... أشخاص القانون الدولي .

إن هذه العبارة أوسع من كلمة الدول حيث تشمل الدول والمنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية، باعتبارها تتمتع بتلك الشخصية .

4 ـ أن العرف ... عنصر الإلتزام .

وهذا ما يميز العرف عن العادة والمجاملة الدوليتين . ويميزه عن المعاهدة باعتبارها اتفاقا يهدف إلى إنشاء آثار قانونية بين أطرافه .

5 ـ أن العرف ... المشروعة .

وبذلك تكون الشرعية الدولية كبديل عن العمل الدولي، لدراسة العرف حيث تحد من سطوة العمل، وتحقق مصالح كافة أشخاص القانون الدولي والشعوب التي تمثلها هذه الأخيرة، عكس العمل الذي يقوم أساسا على الفعالية التي تخدم الطرف القوي في العلاقات الدولية .

تكمن الشرعية في القواعد الآمرة الدولية، والمعاهدات السامية . وتبعا لذلك تصبح القاعدة العرفية متكونة من ثلاثة أركان : الركن المادي، المعنوي، والركن الشرعي .

ولما كان الركن الشرعي جديدا فإننا فضلنا دراسته في فصل مستقل بعد دراسة موضوع العرف من كافة الجوانب .

المبحث الثاني

أركان القاعدة العرفية .

يكاد يجمع الفقه على تأكيد الطرح الروماني، الذي يقسم العرف الى ركنين[1]. أحدهما مادي والآخر معنوي . وهو ما تشير اليه المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . ومع ذلك فان بعض الكتاب يجعلون للعرف ثلاثة أركان . وعلى كل فإننا نتعرض لهذين الركنين بالدراسة والتقييم .

المطلب الأول : الركن المادي

ان أول نقطة تستوقفنا هي اختلاف الكتاب حول وجود هذا العنصر . فهل يعتبر وجوده ضروري لقيام العرف ؟ وإذا كان كذلك فما هي عناصره ؟

الفرع الأول : مواطن الجدل في الركن المادي .

لم يسلم هذا الركن من الجدل الفقهي ، فبينما نجد البعض يرتكزون عليه في تقرير وجود القاعدة العرفية[2]، نجد نفرا آخر ينكرونه تماما . ويرتكزون على الركن المعنوي فقط ويضرب الكتاب مثلا لهذا الرأي بحكم محكمة العدل الدولية في قضية " حق الملجأ " في 1950/11/20 . حيث رفضت المحكمة إضفاء صفة العرف على السلوك الذي تمسكت به كولومبيا ، بحجة إنعدام الركن المعنوي[3].

طبقا للرأي الراجح في الفقه والقضاء الدوليين ، يكون هذان الاتجاهان موفقين جزئيا . لأن كل واحد منهما يتعصب لأحد الأركان ويتجاهل الركن الآخر . فبينما يخلط الإتجاه الأول بين العرف والعادة ، يمزج الثاني بين إلزامية القانون الاتفاقي السابقة لتنفيذه، وبين إلزامية العرف اللاحقة لتكرار السلوك .

---

(1) -- CARBONIER (J) , la genèse de l obligation dans l'apparution de la coutume , , POITIER , france , , MARC _texier(2)éditon , 1961 .p.61 .

(2) - QUADRI(R) , cours général de droit internatiobnal public , cit p:327- et voir ? THIERRY (H) , droit international , cit , P: 112 _ 115 ..

(3) - THIERRY (H), ibid .p:115 .

وعلى حد تعبير الأستاذ " كادي رو لاندو" فإن العنصر المعنوي ليس سببا ، ولكن يعتبر نتيجة لوجود قاعدة ما [1].

وتبعا لما سبق فإننا نميل إلى القول بأن للعرف ركنين ، بشرط الإتفاق على حدودهما ، أي إلى أي مدى يشكل الركنان قناة لقيام العرف؟ أو بمعنى آخر ، هل تعتبر جميع التصرفات التي تتم على وجه الإلزام قواعد عرفية ، ومن ثم مصدرا للقانون الدولي العام ؟

يضيف الأستاذ" لويس كافاري " وكنا آخر يتمثل في رضاء المفكرين [2]. إذا كان الأمر كذلك، فان هناك أملا للاستمرار في هذا الخط ، ولكن من هم هؤلاء المفكرون ؟ ماهي درجة علمهم ؟ وإلى أي نظام سياسي وقانوني ينتمون ؟

لاشك في أن إيجاد مثل هذه الطائفة أمر سهل نسبيا ، ولكن اتفاقهم على قبول سلوك معين أمر في غاية الصعوبة ، إذ أن كل كتلة سياسية لها علماء ، ولذلك نجد الإختلاف في تكييف العديد من مبادئ القانون الدولي ، مكرس بين هؤلاء المفكرين ، ومن الأمثلة على ذلك تكييف عدم التدخل ، المساعدة الدولية ، الأمن الجماعي ، وفي ظل هذا الإختلاف ، بأي رأي نأخذ ؟

مما لاشك فيه أن إسناد هذه المهمة إلى المفكرين ، يعتبر تقليلا من أهمية العرف ، وحاجزا لقيام القواعد الجديدة ، ولذلك فإن القواعد الآمرة هي القادرة على القيام بهذا الدور لاعتبارها قائمة بذاتها ، مستقلة عن غيرها ، وأن الأفراد لايقومون سوى بتحريكها لأحداث آثارها .

هذا ، وقد ساد الخلاف حول صفة السابقة المساهمة في قيام العرف ،

---

(1) - voir , Quadri (R) , Op-cit., P: 327 ..

(2) - CAVARE (L) , Le droit international public positif , tome 1 , la notion de droit international , PARIS , pédone , 3° édition , 1973 P:27.

فإذا كانت السوابق الإيجابية تساهم ماديا في تكوين الركن المادي، فهل يستطيع الامتناع أن يكون كذلك؟

لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع . ففريق يقول بأن الامتناع لا يستطيع المساهمة في بلورة العرف، وفريق آخر يقول العكس، وهو ما تؤيده محكمة العدل الدولية في قضية " لوتيس " سنة 1927. باشتراطها في الامتناع أن يكون مسببا بالشعور بواجب الامتناع(1). وهو ما نراه مناسبا، إن لم يتم تحت إكراه، ولا يمس بحرمة القواعد الآمرة . ذلك لأن الإلتزام يمكن أن ينصب على القيام بعمل، كما يمكن أن ينصب على الإمتناع . ولعل القانون الدولي يتجه في هذا المنحى (الإلتزام بالامتناع) في الآونة الأخيرة : كعدم التدخل، عدم استعمال القوة ....الخ .

الفرع الثاني : عناصر الركن المادي .

يمكن تعريف الركن المادي بأنه مجموع المواقف المتماثلة المنسوبة للدولة، طبقا للمفهوم التقليدي(2)، والمنسوبة إلى الأشخاص الدولية طبقا للمفهوم المقترح .

يشترط في الركن المادي توافر عدة عناصر :

1 - أن ينسب السلوك إلى شخص دولي : وهذا يعني أن يكون صاحب السلوك جهازا مختصا بالعلاقات الدولية (3)، بصورة مباشرة أو غير مباشرة . سواء كان المنسوب اليه التصرف دولة أو منظمة دولية أو حركة تحرير وطنية(4) . طبقا للمفهوم الحديث للشخصية الدولية . وبذلك تخرج تصرفات الأفراد من هذا الحيز .

---

(1) - MAREK (K) , Les sources de droit international , cit , P: 807 .

(2) - حامد سلطان - أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية - القاهرة دار النهضة العربية - 1974 ص 26 . وانظر الغنيمي - المرجع السابق ص 368

(3) - محمد طلعت الغنيمي - الأحكام العامة .. المشار إليه - ص 366 وانظر:
- THIERRY (H) , drpit international ,cit , P: 110 .

(4) - على النحو الذي سنوضحه في الصفحة 37 - 45 من البحث .

2 - أن تكون التصرفات ذات طبيعة دولية أو محدثة لآثار دولية :
يقصد بهذا العنصر في شقه الأول المعاهدات الدولية والتصرفات الحكومية • أما الشق الثاني فيقصد به تصرفات الأجهزة الداخلية التي تحدث آثارا دولية • أي التي تتجاوز آثارها الحدود الوطنية - ومن الأمثلة عليها تنظيم وضع الأجانب في دولة ما أو التأميم •

3 - أن يكون السلوك عاما : وهو أن لايقتصر السلوك على فئة معينة • والملاحظ أن بعض الكتاب يذكرون هذا العنصر دون تمييز بين العرف العام والعرف غير العام (1) •

يقول الفنيمي : " ونعني بالعمومية هنا شمولية النطاق الإقليمي الذي يطبق فيه ••• بل يكفي تصرف معظم الدول وليس الإجماع " (2).
معنى هذا أن العمومية هي استغراق الحدث الأشخاص الذين يخاطبهم • وتبعا فإنها (العمومية) تستطيع أن تكون ضيقة جدا ، كما هو في الأعراف الإقليمية • وهذا ما قبلته محكمة العدل الدولية في عدة قضايا نذكر منها قضيتي " حق الملجأ " سنة 1950 و " حق المرور " سنة 1960 •

4 - الإستمرار - التكرار : يتنازع هذا الموضوع اتجاهان متطرفان • أولهما يشترط في السابقة أن تكون متكررة منذ زمن بعيد ، ويتوفر هؤلاء على تدعيم القضاء الدولي لهم (3) •
وثانيهما لا يشترط سوى تكرار الحادث عددا محدودا من المرات • بل يوجد منهم من يكتفي بحصول التصرف مرة واحدة (4).

إن كلا الموقفين لا يناسب حقيقة العرف ، إذ أن سرعة العلاقات الدولية قضت على سطوة السلوك العريق ، وحصول الحادثة مرات قليلة جدا لايكفي حتى لإثباتها • ولذلك ظهر اتجاه يوفق بينهما • مقتضاه أن اتباع السلوك لمدة عشر سنوات أو خمسة عشرة سنة كفيل

---

(1) - منهم سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المرجع السابق الصفحة 275•

(2) - محمد طلعت الفنيمي - المرجع السابق - ص 367•

(3) - ما عدا حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري سنة 1969 كما سيأتي في الصفحة 29 من هذا البحث

(4) - منهم محمد طلعت الفنيمي - المرجع السابق - ص 374•

بتكوين القاعدة • مرتكزين في ذلك على تبني لجنة القانون الدولي سنة 1958 لبعض المواقف التي اتبعتها الدول للمدة المذكورة ، في مادة الجرف القاري •[1]

وفي الحقيقة ، فإن التكرار يرتبط بطبيعة العلاقة التي تثيرها القاعدة [2] من جهة • ويرتبط بالزمن أو المدة من جهة ثانية •

5 ـ المدة : في العلاقة التي تتكرر يوميا ، ينبغي أن تتكرر السابقة (السلوك) بصورة أكثر من التصرفات التي لاتشور إلا نادرا [3] لكي نفهم ذلك نقول بأن العلاقات الدبلوماسية تكون عرضة للتكرار أكثر من قاعدة الإستشارة الدولي للمنظمات الدولية •

يبدو هذا الإتجاه سليما ، لأنه لايمكن إقامة المساواة بين مختلف المواد ، التي لها علاقات مختلفة • فالقواعد التي حكمت محكمة " نورنبورغ " لايتطلب فيها نفس المدة مع قواعد الحصانات الديبلوماسية ، لأن الحرب العالمية الثانية ، دامت فترة من الوقت وأنتجت ما يسمى بمحكمة " نورنبورغ " • وفي هذا الصدد يقول الأستاذ " تيبي ":[4]

" المدة لاتبدو ضرورية في ذاتها • ولكنها جديرة بما تسمح بها الظروف لإثبات الحقيقة وتكريسها • "

وبعبارة أخرى ، يتحكم في المدة وقع الحادث في المجتمع • فالوقت الذي يتطلبه ثبات واستقرار القاعدة ، باعتبارها ملزمة ، هي المدة المطلوبة • وعليه فإن تقديرها يختلف من مادة إلى أخرى • ويكون لاحقا للسلوك وليس سابقا له •

---

(1) ـ عبد العزيز سرحان ـ القانون الدولي العام ـ الطبعة الثانية ـ القاهرة دار النهضة العربية ـ 1975 ص 132• وهذا عكس الإتجاه الأنجلوسكسوني الذي عبرعنه " كوبيه " حيث شبه تكوين العرف بشق ممر في الحقل عن طريق تعدد المارة • ولا أحد يعرف متى أنجز الممر •للتأكد من ذلك راجع رسالة " جاني قريقوار " المشار إليها ـ ص123•

(2) ـ وهو ما يؤيده القاضي محمد بجاوي فيما يتعلق بالقانون الدولي للتنمية أنظر مؤلفه : من أجل نظام إقتصادي جديد ـ المشار إليه ص 181 •

(3) ـ عبد العزيز سرحان ـ المرجع السابق ـ ص 131 •

(4) ـ أنظر مؤلفه المشار إليه ـ ص 110 •

6 ـ <u>التبادل</u> : رغم أهمية هذا العنصر فإن بعض الكتاب يهملونه .
وفي الحقيقة فإن التبادل يقرر وجود أو انعدام القاعدة العرفية ؛
إذ أن مواقف الدولة الواحدة المتماثلة والمستمرة ، لايمكنها
المساهمة في إرساء السوابق لبلورة قاعدة ما [1]. ما لم توصف
بالتبادل .

لقد حاول البعض استعمال التبادل كوسيلة للحد من مدى سريان
العرف ، فقرر عدم تقيد الدول المتمدينة بالأعراف إزاء الدول غير
المتمدينة ، ما دامت تلك القواعد قد نشأت في نطاق الدول الأولى [2].
إن الرد على هؤلاء يتمثل في التمييز بين التبادل في الأعراف
الإقليمية ، والتبادل في الأعراف العامة . أما بالنسبة للأولى
فإن التبادل محدود بأطرافها ..والاحتجاج بها يكون في مواجهة
الأطراف المعنية فقط . أما فيما يخص الثانية ، فحجيتها عامة ،
والتبادل الذي يساهم في بلورتها هو تبادل عام . والعمومية كما
رأينا ـ لاتعني الإجماع . وعليه فإن حجية العرف العام تشمل جميع
أشخاص القانون الدولي . أي أن التبادل في العرف العام يساهم
في إقامة القاعدة العرفية ولا يحد من حجيتها . لأن هذا الصنف
من القواعد يفترض مثل تلك الحجية . وبعبارة أخرى ، فإن الحجية
العامة هي خصيصة أساسية للقاعدة العرفية العامة .
أما التبادل فهو شرط لقيام القاعدة العرفية ، سواء كانت عامة
أو إقليمية مع اختلاف بسيط في مقدار التبادل .
والتبادل في الحقيقة : عبارة عن ردود الفعل للدول الأخرى ، التي
ينبغي أن تكون متماثلة أو مترابطة [3].

---

(1) ـ SORENSEN (M) , Principes de droit international public , RDADI , 1960 . III , tome 101 , Leyde , AW sijthoff , 1960 / P: 41 .

(2) ـ انظر محمد بجاوي ـ المرجع السابق ـ ص 64،68،87، و محمد طلعت الغنيمي ـ الأحكام العامة .. المشار إليه ـ ص 370.

(3) ـ L' huilier (j) , élément de droit international , PARIS , ROUSSEAU , 1960 ,P: 220 .

يذكر بعض الكتاب التماثل في السوابق، دون الإشارة إلى التماثل في التبادل •

وفي الحقيقة ، فإن " السابقة " يمكن أن تصدر من دولة واحدة ، بطريقة متماثلة • ومع ذلك فانها لا تستطيع المساهمة في إقامة القاعدة العرفية لانعدام التبادل • وعليه فإن التماثل مطلوب في الفعل وفي رد الفعل •

7 - التماثل في السوابق : من الأحداث الدولية ما يقتضي اتخاذ مواقف، ومنها ما يتطلب إعطاء موافقة أو امتناع ، وهو ما يرتبط بالتبادل وعدم معارضة السابقة •

التماثل في السوابق ، يعني اتخاذ أشخاص القانون الدولي المواقف المعنية ، بصورة متشاكلة ، عندما تأتي المناسبة •

وبعبارة أخرى ، يعني التماثل في السوابق ، عدم التعارض في المواقف في مسألة معينة[1]. هذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قضيتي " حق الملجأ " و " مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب سنة 1952 " وهذا ما يرتبط مباشرة بموضوع المعارضة •

8 - عدم المعارضة : وتعني قبول السابقة • وهي الوسيلة الضرورية لتحقيق العمومية المطلوبة لتحول السابقة إلى قاعدة عرفية • وذلك بأن لا تكون مواقف الدول متعارضة بشأن مادة معينة ، وهو ما عبر عنه السيد محمد بجاوي بعنصر التراضي الذي لا يعني الإجماع[2].

---

(1) - QUADRI (R) , cours général de droit international, cit, P: 324et SS.

(2) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 247 • وبناء على ذلك قالت المحكمة بأن عملا كهذا ينبغي أن يتقدم على القواعد العامة المحتملة فقضت بوجود قاعدة عرفية تقضي بحق مرور البرتغال على الأراضي الهندية • راجع في ذلك :

- CIJ , recueil des arrêts , affaire " droit de passage " année 1960 , p/ 44

المطلب الثاني : الركن المعنوي .

يثير هذا الركن عدة تساؤلات نذكر منها : مكانته بالنسبة للركن المادي من حيث الوجود ، ومن حيث الأهمية ، ثم ماهو تعريفه ؟

الفرع الأول : أي الركنين أسبق ؟

يقول الأستاذ " جاني " ... إن العقيدة هي التي تعمل قبل الواقعة المادية . وهي التي تعطيها السبب والتوكيد. "(1).

معنى هذا أن الركن المعنوي هو الأسبق . ثم يأتي الركن المادي ؛ وذلك على النحو الآتي : يحدد الركن المعنوي السبب الذي يؤدي إلى إحداث العنصر الآخر . وعندما تتم ترجمة هذا السبب ، يعود الركن المعنوي لتوكيد هذا الركن . وكأني بالأستاذ يعتمد فكرتي الضرورة والحاجة ؛ فالضرورة سبب لوجود الشيء ، والحاجة توكيد لتلك الضرورة . غير أن الأستاذ الغنيمي يوجه سؤالا خطيرا إلى الأستاذ " جاني " حيث يقول: إذا كان الإحساس هو الأول ، فلماذا التكرار ؟ ثم إن الإحساس يقتضي أن يكون له أساس ، فما هو أساسه ؟

أمام عجز هذا الإتجاه عن الإجابة ، يقدم الأستاذ الغنيمي البديل بقوله : " الركن المعنوي هو الركن الوحيد الذي يجب توافره في القواعد العرفية لكي تقوم ... أما الركن المادي فليس إلا وسيلة للإثبات فقط ... فالعادة قد تدفع الإرادة الشارعة إلى خلق قاعدة عرفية ، أو قد تثبتها . ولكن التكرار ليس شرطا لازما لقيام العرف فقد تتوفر القاعدة من سابقة واحدة . "(2).

يعني قول الأستاذ نكران فكرة تكامل العنصرين . بل أنه يعلق على ذلك بقوله " كل ما يشترط لتوافر القاعدة العرفية يجب أن لايزيد عما اشترطناه في القاعدة القانونية . ألا وهو التطبيق الفعلي بوصف الإلزام ، ولو كان ذلك للمرة الأولى . "(3).

---

(1) - GIANNI (G) , la coutume en droit international , cit , p : 133

(2) - محمد طلعت الغنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - المشار إليه ، الصفحة 373.

(3) - محمد طلعت الغنيمي - المرجع السابق - ص 374.

تدعونا فكرة نكران الركن المادي والإقتصار على الركن المعنوي فقط، إلى طرح جملة من الأسئلة :

ما الفرق بين الإرادة الشارعة في كل من العرف والمعاهدة ؟ ماهي الطريقة التي يتم بها التعبير عن هذه الإرادة على الصعيد الدولي ؟
كيف يتم التوفيق بين الحالة التي تخضع بها العادة الإرادة الشارعة إلى خلق العرف؟ والحالة التي تثبت بها العادة العرف؟

إذا ظهر الأستاذ بأنه منهجي في جزء من قواله فهو ليس كذلك في الجزء الآخر • فبينما ينكر أي دور للتكرار ويقول بأن العنصر المعنوي هو الركن الوحيد المكون للقاعدة العرفية • فإننا نجده يستند في جزء من قوله على العادة بقوله " فالعادة قد تدفع الإرادة الشارعة إلى خلق قاعدة عرفية "فماهي العادة في مفهوم الأستاذ ؟ وهل يمكن تصور عادة من غير تكرار ؟!

أما عن قوله بأن سابقة واحدة تكفي إذا توافر الركن المعنوي ، فإنه يرتبط بالناحية النظرية فقط • وهو لايوافق النتائج المستخرجة من العلاقات الدولية ، وما استقر عليه الفقه الدولي •

إن الإعتماد على التطبيق الفعلي الملزم كمعيار لقيام العرف يدعو للبحث عن مصدر هذه الإلزامية • وما هي عواملها •

يقف الأستاذ " دو فيشر " موقفا معاكسا (1) حين يميز بين الأسلوب التلقائي والأسلوب الموجه لتكوين العرف •

ففي الأخير يبدو العنصر النفساني سابقا عن العنصر المادي ، لأنه يعتبر نتيجة خاصة من الفعالية • ويضرب لذلك مثالا بغزو الفضاء الذي أدى بمعهد القانون الدولي إلى إعلان مجموعة من المبادئ سنة 1963 ، تمت الموافقة عليها بالإجماع من طرف الجمعية العامة في نفس السنة • ولا ينقصها سوى التطبيق العملي لتتحول الى قواعد عرفية

---

(1) - DEVISSCHER (ch) , les éffectivites du droit international , ,cit.- page : 71 .

تبعا لرأي الأستاذ "دوفيشر"(1).

أما فيما يخص نظرية العرف بصورة عامة، فيقول عنها بأن العقيدة الإلزامية لا تأخذ صيغتها إلا عن طريق التطبيق المستمر، وهو ما نعتقده صوابا يوافق نظرية العرف.

وخلاصة القول أن المحاولات التي تهدف إلى نكران أو جعل الركن المعنوي أسبق من المادي باءت بالفشل، ويبقى الركن المادي كقناة رئيسية لقيام العرف، وهو الممهد لظهورها وبلورتها. أما الركن المعنوي فليس إلا تتويجا له، ويأتي في مرحلة لاحقة.

<u>الفرع الثاني : أي الركنين أهم ؟</u>

يذهب البعض إلى اعتبار الركن المعنوي بمثابة اعتراف بقانون موجود، وهذا يعني بأن القاعدة العرفية تنشأ بصورة مستقلة ، وإنما يأتي الركن المعنوي ليعترف بها فقط، وإلا فبم يعترف ؟ وحتى لا نكون مجحفين في حق هؤلاء فإننا نتعرض للنموذجين عندما يقول الأستاذ جياني "(2)" لقد قلنا بأن العنصر النفساني هو اعتراف بقانون موجود ، القانون المكرس بالشعور القانوني المشترك ، بالشعور بالإلزام ، بالقانون التلقائي " ويشرح ذلك بقوله :

" يقيننا لاحترام قاعدة عرفية ، هو احترامنا فيها قانونا موجودا ، هذه هي القوة الملزمة للعرف، لقد قلت بأن هذا الاحترام ليس اختياريا ، وأضيف هنا بأنه ليس تصرف مجاملة أو تأدب إطلاقا ."(3)

يستوي بالنسبة لهذا الرأي، العرف والمعاهدة غير المعترف بهما ، فالعرف قانون سابق الوجود عن الاعتراف به ، كما هو الشأن تماما للمعاهدة قبل بدء سريانها ، حيث تكون بنودها متمتعة

---

(1) - DEVISSCHER (CH) , Op - cit , P : 71 .

(2) - GIANNI (G) , Op _ cit . P : 157 -158 .

(3) - GIANNI (G) , ibid , P : 158

بالإلزامية ، ولكنها تكون غير نافذة حتى يتم التصديق عليها ،
لكن كيف يكون هذا القانون قبل تكريسه بالشعور القانوني المشترك ،
إذا كان ملزما فما مصدر إلزاميته ؟ وإذا لم يكن ملزما ـ وهو أمر يصعب
تصوره ـ فمعنى ذلك أنه مجرد سابقة أو واقعة ، وهو ما لا يتماشى
مع مغزى القول السابق ، ويؤكد تبعية الاحساس بالإلزامية للركن
المادي •

أما النموذج الثاني فإنه الأستاذ " كافاليبيري " وكذا القاضي
" ويلسون " اللذان يتكلمان عن الانضمام إلى المجموعة الدولية كمصدر
لالتزام الدول بالعرف •(1)

وأما الأستاذ " حامد سلطان " فيعبر عن رأيه من خلال الفقرة الآتية :(2)
" ••• وهو يعني أن ممارسة هذا التصرف في الحالات المماثلة يفرضها
الاعتقاد بضرورته من حيث القانون • وهذا هو الأساس في تكوين القاعدة
العرفية • ولقد ورد ذلك في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية
حيث قررت بأن المحكمة تطبق العرف المقبول بمثابة قانون كما دل عليه
التواتر • "

هذا الإتجاه قريب من الحقيقة ، إلا في جزئه الأخير المتعلق
بالمادة (38) من نظام المحكمة ، وذلك شيء آخر لانثيره هنا •
ذلك لأن التكرار هو الذي يجعل الإتيان بسلوك معين أمرا ضروريا •
وينشئ عليه الشعور بالإلزام ، ويصبح بذلك قاعدة عرفية • وليس
كما يقول الأستاذ " حافظ غانم " بأن الركن المعنوي هو اعتقاد الدول
بتطبيق القاعدة العرفية على وجه الالزام(3).
كان هذا فيما يخص الفقه فما هو موقف القضاء ؟

---

(1) ـ يعتقد القاضي "ويلسون" بأن إنضمام الولايات المتحدة الأمريكية إلى
المجموعة الدولية رافقه وجوب الإنصياع للقانون الدولي في ذلك الوقت •
ويؤيده " كافاليبيري" في ذلك مع اختلاف بسيط يتمثل في إمكانية التحفظ
على بعض القواعد عند الإنضمام ـ راجع ذلك في رسالة الأستاذ "جاني"
المشار إليها ص 159ـ160 •

(2) ـ حامد سلطان ـ أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ـ ص 26•

(3) ـ حافظ غانم ـ مبادئ القانون الدولي العام ـ القاهرة ـ دار النهضة
العربية ـ 1972 ـ ص 76•

يمكن القول بأن أغلب القضايا التي استنتجت فيها المحكمة ؟ الدائمة أو الحالية ؟ وجود قاعدة عرفية ، كانت تنطلق من الركن المادي .

ففي قضية " لوتس " استندت إلى العمل الدولي للقول بعدم وجود قاعدة عرفية تقضي بحق دولة العلم في الإختصاص القضائي ، واتبعت المحكمة نفس الطريقة في عدة قضايا منها قضية " Groeland oriental " حيث استندت على عمل الدانمارك لكي تحكم له في مواجهة النرويج (1).

لقد سارت محكمة العدل الدولية على نفس النهج ، حين قامت بدراسة العمل الدولي في أمريكا اللاتينية ، للحكم بعدم وجود القاعدة التي تمسكت بها " كولومبيا " في مواجهة "البيرو" في قضية " حق الملجأ " سنة 1950 (2).

كما رجعت إلى السوابق التي أتت بها " بريطانيا " قبل مائة وسبعين سنة لتقرر وجود قاعدة تسمح للبرتغال بالمرور عبر الأراضي الهندية سنة 1960 (3) في قضية " حق المرور " .

وفي قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 قالت المحكمة : (4)

" العنصر الجوهري ... هو أن تصرفاته ... لاتكفي في ذاتها لتكوين العنصر المعنوي ... لأنه ينبغي أن يتوفر شرطان للوصول إلى ذلك : أولهما أن تمثل التصرفات عملا عاما وثابتا ، وثانيهما أن تشهد بطبيعتها وبالطرق التي تمت بالقناعة ، بأن العمل أصبح ملزما بوجود قاعدة قانونية ... لا التواتر ولا الأسلوب الاعتيادي لهذه التصرفات يكفيان (4) ، وتبعا لذلك فإن قاعدة الأبعاد المتساوية ليست قاعدة عرفية ، لانعدام الركن المعنوي .

هذا ، ونشير إلى أن المحكمة لم تساير المقولة التقليدية بأن المدة حيث

---

(1) - CPJI , recueil des arrêts, 1933 ,serie A/B FASC n° 53 , P: 662

(2) - CIJ , Recueil des arrêts , 1950 , P: 286

(3) - CIJ , Recueil des arrêts , 1960 , P: 40 . 88

(4) - نقلا عن الأستاذ " تيبري " - المرجع السابق - ص 111 ، وانظر كذلك الأستاذ " حافظ غانم - المرجع السابق - ص 76 .

قالت بأن مرور مدة قصيرة من الزمن لا يشكل عائقا في ذاته[1] لقيام قاعدة عرفية • وهذا ما يشكل تطورا هاما في نظرية العرف، حيث أرادت المحكمة تحرير العرف من قيود " السوابق العريقة " وجعله مرتبطا بصفة الإلزام • متى توفرت، ظهرت على إثرها القاعدة العرفية •

لكن كيف يتم إثبات هذا الركن المعنوي •

يعتقد الكثير من الكتاب بأن دور القاضي ورجل القانون كبير في هذا المجال • حيث يتم جمع السوابق ودراسة الإنطباعات ، وتحديد النظام القيمي الذي ستنظم فيه الحوادث وإعادة تشكيلها ، ليمكن إضفاء صفة السوابق عليها للمساهمة في تكوين العرف • على أن يقع العبء الأكبر لإثبات الركن المعنوي على الركن المادي[2]• وإننا سنرى دور القاضي في حينه[3].

الفرع الثالث : تعريف الركن المعنوي •

يعتقد الأستاذ " شارل شومون " بأن الركن المعنوي يتمثل في القيمة القانونية الدولية التي تضفيها الدولة على ضابط معين[4].

يعني هذا القول أن الإحساس بالإلزامية يرتبط بموقف الدولة • وتبعا لذلك ، إذا تعددت وتنوعت مواقف الدول بشأن ضابط معين فإنه يفتقد الشرط الأساسي لقيام القاعدة العرفية • ألا وهي العمومية والتجريد[5] •

إن العمومية والتجريد لا تتوقف على القيمة القانونية التي تضفيها دولة واحدة كما يعتقد الأستاذ " شومون " ، ولكن يتحقق ذلك إذا حاز ضابط معين على هذه القيمة ، مع صدورها من مجموعة من الدول •

أما الأستاذ " كادري رولاندو " فيقول عنه بأنه " إقتناع الشخص الذي يقبل أن يكون العمل العرفي ملزما ...."[6].

---

(1) - EISEMANN (PM) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ , 3?edition ? PARIS , Péddone , 1980 , P: 139 .

(2) - DEVISSCHER (ch) , les éffectivités du droit international , cit, page :68-71 .

(3) - راجع في ذلك الصفحة (84) من هذا البحث •

(4) - CHAUMONT (CH) , sens de droit impératif (cours de IEA, N?ANCY 1977/78 .

(5) - THIERRY (H) , droit international public , cit , P : 111 .

(6) - QUADRI (R) , cours général de droit international public ,cit page : 323 .

المعروف أن العمل لايسمى عرفا إلا بتوافر ركنيه. وعليه فإن هذا التعريف يكون مقبولا في ظل الإتجاه الذي يرى بأن العرف اعتراف بقانون موجود . والحقيقة ليست كذلك .كما رأينا .

أما الأستاذ "جون لويليي" فانه يعتقد بأن الركن المعنوي هو "الاستعمال الذي تعتقده الدول قانونا أو التزاما ."[1] ولقد رد البعض عليه بالقول بأن هذا التعريف لايوافق حقيقة العرف لأنه[2] يقيم العرف على الخطأ في الاعتقاد . لعدم توافر السلوك على صفة القاعدة القانونية قبل توافر الركن المعنوي .

وبعبارة أخرى ، فإن هذا الإتجاه يقيم العرف على الاعتقاد في الخضوع لقاعدة غير موجودة .

الملاحظة التي تستخلص مما سبق أن الموضوع لا زال بدون حل ، ولذلك نجد الأستاذ "توسكوز" يحاول تعريفه بقوله :

"... العنصر النفساني الذي يتمثل في القناعة بأن التصرفات المنشئة للعمل العام تشابه تطبيق التزام قانوني ."[3] ومع ذلك فإنه يهمل العلاقة بين هذا الركن وبين أشخاص القانون الدولي .

صحيح أن هذا الركن يعني في جزء منه هذا المفهوم ، لكن في ظل التغيرات الدولية القانونية والسياسية ، النظرية والعملية . ألا يمكن إيراد فكرتي الحرية والشرعية ؟

إن الإقتناع حالة شعورية قد تفرضها الحاجة أو الضرورة أو العوز والضعف لاتخاذ موقف معارض . ولذلك ينبغي أن لاتهمل هذه الظروف عند صياغة تعريف هذا الركن . وتبعا فإن الركن المعنوي هو إقتران الإنصياع لحكم القاعدة بالإقتناع الحر والمشروع لأشخاص القانون الدولي ، بأن القاعدة ملزمة ، وأن ممارستها في الحالات المماثلة تمليه الضرورة القانونية .[4]

---

(1) - L'huier (J) , Élements de droit international , public , cit , P; 220

(2) - QUADRI (R) , cours général de D.I.P ,cit , P : 324 .

(3) - TOUSCOZ (J) , Le principe d'effectivite dans l'ordre international , PARIS , Vongon , 1964 ? P: 16 .

(4) ـ علما بأن هذا التعريف مستوحى من تعريفي الأستاذين سامي عبد الحميد ـ أصول القانون الدولي العام ـ ص274 والأستاذ حامد سلطان ـ أحكام القانون الدولي في الشريعة الاسلامية ـ ص26 .

المبحث الثالث

نشوء القاعدة العرفية .

يستمد القيام المفاجئ للقاعدة العرفية ، لسببين بسيطين ، يتمثل الأول في مخالفة هذا الطرح للصيرورة العرفية ؛ التي تقتضي تراكم السوابق في الزمان والمكان . ويتمثل الثاني في أن الأشخاص الدولية هي المساهمة في إرساء السوابق لقيام العرف . وتبعا لذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية .

المطلب الأول : الأطراف المساهمة في بلورة القاعدة العرفية .

يختلف النظام القانوني الدولي عن النظام القانوني الداخلي ، من حيث مساهمة الأشخاص الدولية في إنشاء قواعد القانون الدولي .(1).

ولما كان مفهوم الشخصية الدولية قد تغير ؛ بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبح يشمل المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية(2). فإننا نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية .

الفرع الأول : الدول وهيئاتها .

ترتب على اعتبار السيادة(3) كمعيار للشخصية الدولية ، ظهور الدولة كشخص دولي وحيد ، بصفته مساهما في صياغة قواعد القانون الدولي ومخاطبا بأحكامه . لكن ماهي الأجهزة التي تمارس بها الدولة هذه المهمة ؟ أو بالأحرى ، ماهي أجهزة الدولة المساهمة في بلورة الأحكام العرفية ؟

يميز الكتاب بين نوعين من الأجهزة :(4)

1 ـ الأجهزة المكلفة بتأمين العلاقات الدولية .

2 ـ الأجهزة الداخلية .

---

(1) ـ عبد العزيز سرحان ـ الأصول العامة للمنظمات الدولية ـ الطبعة الأولى القاهرة ـ دار النهضة العربية ـ 1968 ؛ ص 179 .

(2) ـ كما سيأتي في الصفحة (39) وما بعدها من البحث . وطالما أن العرف يتكون في الوسط الدولي ويتأثر بسلوك أشخاصه ـ كما يعتقد الأستاذ " سال " نقلا عن : BENAR (G) et DEHAUSSY (J), J.C.D.I, FASC 13 B, 2-1960, page : 06

(3) ـ محمد طلعت الغنيمي ـ الغنيمي في التنظيم الدولي ـ الإسكندرية ـ منشأة المعارف ـ 1974 . ص 235 . وانظر محمد كامل ياقوت ـ الشخصية الدولية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ـ الطبعة الأولى ـ القاهرة ـ عالم الكتاب سنة 1971 . ص 681 .

../..

أما الصنف الأول فقد حددته المادتان (1/14) و(7) من اتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961 وقانون المعاهدات لعام 1969 على التوالي • حيث تنص الأولى (1/14) على أن رؤساء البعثات الدبلوماسية يتحددون بثلاث طبقات هي :

1 ـ السفراء ومندوبو البابا من درجة قاصد رسولي •

2 ـ المبعوثون والوزراء ومندوبو البابا من درجة نائب قاصد رسولي •

3 ـ القائمون بالأعمال (الذين يعتمدون لدى وزير الخارجية عكس المبعوثين الذين يعتمدون لدى رئيس الدولة) •

أما المادة (7) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فقد نصت على تمتع الأشخاص التاليين بسلطة الزام دولهم :

1 ـ رؤساء الدول والحكومات ، ووزراء الخارجية فيما يتعلق بالتصرفات الخاصة بإبرام المعاهدات •

2 ـ رؤساء البعثات الدبلوماسية ، في التصرفات التي تتم مع الدولة الذين هم معتمدون لديها •

3 ـ المندوبون المعتمدون لدى مؤتمر دولي أو منظمة دولية أو احدى أجهزتها ، في حدود اختصاصاتهم •

معنى هذا أن كل هؤلاء يستطيعون إلزام دولهم بتصرفاتهم • ومن ثم فإنهم يساهمون في إرساء السوابق لبلورة الأحكام العرفية •

أما الصنف الثاني من هذه الأجهزة ، فيتمثل في الأجهزة التشريعية والقضائية والتنفيذية ، التي لاتساهم في إنشاء العرف إلا في حالات استثنائية (1) • حين يمس تصرفها الميدان الدولي أو تمتد آثاره اليه •

---

(4) ـ فؤاد شباط ـ الحقوق الدولية العامة ـ الطبعة الخامسة جامعة دمشق ـ 1965 • ص 502 • وانظر محمد طلعت الغنيمي ـ الغنيمي في قانون السلام ـ الإسكندرية ـ منشأة المعارف 1973 الصفحة 290 وما بعدها •

(1) ـ CAVARE (L) , Le droit international public positif ,cit . P: 218.

الفرع الثاني : المنظمات الدولية

أثير موضوع الشخصية الدولية للمنظمات الدولية سنة 1881 بصدد اللجنة الأوروبية لنهر الدانوب، حين نصت الوثيقة التأسيسية المعدلة على:

" تعمل اللجنة بكل إستقلالية بالنسبة لصاحب السيادة الإقليمية " غير أن تفسير أساس هذه الإستقلالية كان يستند على فكرة السيادة[1].

ثم أثير الموضوع مرة أخرى في الربع الأول من القرن العشرين بصدد قضية " بروفيلي " الذي كان موظفا بالمعهد الدولي للزراعة . ثم سرح لمرضه ؛ فرفع الدعوى أمام المحاكم الإيطالية . ولكن ممثل المعهد ادعى بالحصانة القضائية للمعهد . الادعاء الذي رفضته المحاكم المعنية بحجة إنعدام السيادة لدى هذا الكيان . وانتهت القضية بإصدار قانون إيطالي يعترف للمعهد بالحصانة .[2] وطرح الموضوع بشكل جدي سنة 1949 بصدد قضية " الكونت بيرنادوط " حيث أصدرت محكمة العدل الدولية بتاريخ 1949/04/11 رأيا استشاريا فصلت فيه في الشخصية القانونية لمنظمة الأمم المتحدة [3]. وهذا ملخص للرأي :

لقد انطلقت المحكمة من أن المعاهدة التأسيسية للمنظمة أنشأت كيانا حيا مستقلا عن الدول الأعضاء . حيث قالت :

" إن الميثاق لم يقتصر على أن يجعل من المنظمة مجرد مركز تنسجم فيه جهود الأمم ؛ نحو غايات مشتركة محددة . إن الميثاق أعطاها أجهزة ووضع أمامها رسالة خاصة ومنحها صلاحيات معينة ... إن الوحدة التي تتمتع بحصانات وامتيازات معينة ؛ ولها حق الدخول في معاهدات مع الدول الأعضاء على قدم المساواة . هي وحدة يجب الإعتراف لها بالشخصية القانونية " . لكن هل يعني ذلك

---

(1) _ فائز أنجاك _ الشخصية القانونية للمنظمات الدولية _ دروس الماجستير _ الجزائر _ كلية الحقوق سنة 80_ 1981 .

(2) _ فائز أنجاك _ المرجع السابق _(غير مطبوع)

(3) _ أنظر في ذلك الرأي الإستشاري المشار إليه في المتن وراجع تعاليق كل من محمد كامل ياقوت _ الشخصية الدولية ... المشار إليه ص581.
وكذا محمد طلعت الغنيمي _ الغنيمي في التنظيم الدولي _ ص 238_251 ودروس الأستاذ أنجاك المشار إليها أعلاه .

تمتع المنظمة بالشخصية الدولية بنفس الدرجة التي تتمتع بها الدول ؟

تبعا لتحليل المحكمة فإن شخصية المنظمة تختلف عن شخصية الدولة ، حيث نلاحظ بأن المحكمة لم تصرح بتمتع المنظمة بتلك الصفة إلا بعد ذكر بعض الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الأخيرة ، حيث أكدت ذلك في فقرة خاصة تقضي :

" وفقا لرأي المحكمة فان أهلية المنظمة لممارسة الوظائف والتمتع بالحقوق ، لايمكن تفسيره إلا اذا كانت تملك قسطا كبيرا من الشخصية الدولية ، والأهلية اللازمة للتصرف على المستوى الدولي ." [1]

وحتى لا يحدث التداخل بين مفهوم الشخصيتين قالت المحكمة :

" في الوقت الذي تتمتع فيه الدولة بكافة الحقوق والواجبات الدولية ... فإن واجبات وحقوق كيان كالمنظمة ، يجب أن يتوقف على أهدافها ومهامها الواردة في وثيقتها التأسيسية ، أو التي يمكن استنتاجها منها ، أو التي يمكن للتعامل الدولي أن يطورها ." [2]

معنى هذا أن المنظمة تتمتع بالشخصية الوظيفية طبقا للوثيقة التأسيسية ، سواء كان ذلك بفضل النص الصريح أو الضمني ، حيث قالت المحكمة بأن خمسين دولة كانية الإنشاء كيانا موضوعي يتمتع بالشخصية العامة ، لكن ما هي الأجهزة التي يمكن أن تساهم تصرفاتها في إرساء القواعد العرفية .

إن الجهاز الذي يملك حق الحديث باسم المنظمة هو الذي يستطيع القيام بهذه المهمة ، وتبعا لذلك فان الوثيقة التأسيسية هي التي تحدد مثل هذه الأجهزة ، وهكذا تحدد المادة السابعة من ميثاق الأمم المتحدة أجهزة هذه الأخيرة في :

---

(1) _ أنظر الرأي الاستشاري السالف الذكر _ ترجمة الأستاذ أنجاك فائز الجزائر كلية الحقوق _ 80 _ 1981 .

(2) _ فائز أنجاك _ المرجع السابق ، (غير مطبوع)

الجمعية العامة ، مجلس الأمن ، المجلس الاقتصادي والاجتماعي ، مجلس الوصاية ، الأمانة الدائمة ، محكمة العدل الدولية .

علما بأن المواد (22، 29، 47، 86) من الميثاق، تمنح الأجهزة السالفة الذكر حق إنشاء أجهزة فرعية (1) .

إذن كل هذه الأجهزة ، سواء كانت دائمة أو مؤقتة ، توجد تصرفاتها باعتبارها سوابق تساهم في بلورة الأحكام العرفية (2).

الفرع الثالث : حركات التحرير الوطنية .

لم تحظ حركات التحرير باهتمام الكتاب، ولذلك فإننا نحاول التركيز في دراستها على شخصيتها الدولية .

إن أول شيء نلاحظه بهذا الصدد ، هو تغير مفهوم القانون الدولي(3).
فبعدما كان يتمثل في " مجموعة من القواعد التي تحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة للدول ." أصبح يتمثل في " مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات الدولية " (4) .

من المعلوم أن الصيغة الجديدة قابلة لاستيعاب كيانات أخرى غير الدول، وبعبارة أخرى ، فإن المخاطبين بأحكام القانون الدولي هم الأشخاص الدوليون . فما هي الشخصية الدولية ؟ وما هي الكيانات التي تتمتع بها ؟

يعرف الأستاذ " حامد سلطان " الشخصية الدولية بقوله (5):

" فالشخصية القانونية هي التعبير عن العلاقة التي تقوم بين وحدة معينة ونظام قانوني محدد ... لاتوجد شخصية بطبيعتها ، وإنما بالقدر وفي الحدود التي يقررها كل نظام ... عن طريق تعيين من له الاستمتاع بالحقوق ومن عليه أداء الالتزامات في نطاقه . أو بعبارة أخرى، عن طريق تعيين من له الأهلية القانونية . "

---

(1) - محمد طلعت الغنيمي - الغنيمي في التنظيم الدولي - ص 593، 675، 676.

(2) - SORENSEN (M) , Principes de droit international , cit , P: 37 .

(3) - عبد العزيز سرحان - الأصول العامة للمنظمات الدولية - ص 187 .

(4) - كما يرى " شوجنهايم " نقلا عن عبد العزيز سرحان - المرجع السابق - الصفحة 185 .

(5) - حامد سلطان - القانون الدولي في وقت السلم - ص 65.

يفترض هذا الرأي وجود نظام قانوني سابق على أشخاصه • وهو ما لا يوافق حقيقة النظام القانوني الدولي الذي يلعب أشخاصه دورا أساسيا في تحديده •

أما الأستاذ "محمد كامل ياقوت" فيعتقد بأن "الشخصية الدولية وحدة إنسانية تشغل مركزا في بناء المجتمع الدولي ، وتباشر اختصاصا دوليا ، اقليميا أو نوعيا ، تتولى تنظيمه القواعد القانونية الدولية • كما تتولى تحديدها لهذه الوحدة من حقوق والتزامات ومسؤولية تجاه الوحدات الدولية الأخرى وتجاه المجتمع الدولي ككل • "(1) •

وعندما يشرح دعائم تعريفه ، يذكر بأنه يقصد بالوحدة الإنسانية توافر نوع من التنظيم • كما أن ذاتية الوحدة تتحقق عن طريق ثقافتها • وأنه يتم الكشف عن شخصيتها عن طريق النزاعات المستمرة المسلحة وغير المسلحة ، التي تظهر على المسرح الدولي بما تثيره من مشاكل دولية تهدد الأمن والسلم الدوليين • على أن تكون تلك النزاعات هادفة إلى تحقيق الإستقلال •

إنها محاولة جريئة لبسط مفهوم الشخصية الدولية على كيانات أخرى من غير الدول • ولكن الاعتماد على الوحدة الثقافية سلاح ذو حدين فهو إذ يقرر الشخصية للشعوب المستعمرة • فإنه يهدد الدول المستقلة ذات الثقافات المتنوعة • ولو استعمل الأستاذ "وحدة الهدف المشروع لكان أفضل • لكن - ومع ذلك - فقد أصاب في اعتبار النزاع وسيلة للكشف عن الشخصية الدولية للوحدات البشرية • لكن ما هي مقومات هذه الأخيرة ؟

يرى البعض(2) بأن هذه الدعائم تتمثل في القدرة على التحمل بالإلتزام واكتساب الحقوق ، مع القدرة على حمايتها • غير أن القدرة على

(1) - محمد كامل ياقوت - المرجع السابق - ص 740 •

(2) - منهم الأستاذ حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - ص 735 وما بعدها •

ص ٦ - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٧٦

التحمل بالإلتزام نتيجة للتمتع بالشخصية وليس سببا لوجودها • كما أن القدرة على حماية هذه الحقوق ، تتوقف على قوة الطرف المعتدي ، مقارنة بقدرة الوحدة المعنية •

أما البعض الآخر ، فيعدد جملة من العناصر كلما توفرت كنا أمام شخصية دولية • نختار منهم محاولة الأستاذ عبد العزيز سرحان التي تتمثل فيما يلي :(1)

1 - وجود الغاية التي أنشيء الشخص المعنوي من أجلها • وهي التي تحدد نطاق أهلية اختصاصه • وهو ما وجدناه في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق بقضية " الكونت بيرنادوت " تحت اسم الشخصية الوظيفية •

2 - وجود الإرادة باعتبارها وسيلة لتحقيق تلك الغاية (المشروعة) ، ويشترط فيها أن تكون ذاتية ، مما يستدعي مسؤولية الوحدة عن التصرفات المخالفة للقانون الدولي •

3 - وجود سلطات يمارسها الكيان على من هو تحت سلطته ، في الداخل • كما يمارسها على الصعيد الدولي •

4 - وجود التنظيم ، وهو شرط أساسي لتحقيق الهدف • باعتباره يحدد الأجهزة التي تعبر عن إرادة الوحدة •

5 - الاشتراك في إنشاء أحكام القانون الدولي • باعتبار أن الأشخاص الدولية هي التي تنشيء أحكام القانون الدولي (2).

فهل تتوفر هذه المقومات في حركات التحرير الوطنية •

إنه لمن التطرف الحكم بعدم وجودها لدى جميع حركات التحرير ، كما هو تماما بالنسبة للحكم بوجودها لدى جميعها • لأن الحقيقة تتمثل في اتخاذ موقف حذر • ولكن الشيء المهم هو أن توفرها يخفي

---

(1) - عبد العزيز سرحان - المرجع السابق - ص 179/175 •

(2) - إن دراسة الأستاذ عبد العزيز سرحان لم تختص بدراسة حركات التحرير ، ولكنها عامة تتكلم عن مقومات الشخصية الدولية للمنظمات الدولية • ولذلك اقتبسنا النظرية العامة فقط •

صفة الشخصية على الحركة . علماً بأن الغاية متوفرة لدى حركات التحرير ، ويتم الإعلان عنها في أول بيان تصدره ألا وهو التحرير . وهي غاية مشروعة بفضل مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير . أما الإرادة فإنها تتمثل في رفع السلاح ضد المحتل، تلبية لدعوة الحركة وولاء لها . وبذلك تحقق الحركة السلطة الداخلية ، ثم تأتي مواقف الدول وأجهزة المنظمات الدولية فتتحقق السلطة الخارجية .

ولكي يتحقق ذلك ، لابد من تقسيم وتنظيم المهام ، لغرض تسهيل وتخفيف الأعباء .

أما الشرط الخامس ، فإنه نتيجة لتمتع الوحدة بالشخصية ، وليس منوطا للكشف عنها . إلا في حالة النظر إلى المواقف التي تثيرها الحركة على الصعيد الدولي ، مما قد يتولد منها قواعد عرفية معينة . وحينها تكون الحركة قد ساهمت بطريقة غير مباشرة في تكوين تلك الأحكام .

هذا من الناحية النظرية ، أما من الناحية العملية ، فإننا نلاحظ اعتراف القانون الدولي بأهلية حركات التحرير الوطنية لإبرام المعاهدات الدولية . خاصة المتعلقة منها بنقل الحركة إلى عهد الاستقلال، ومن الأمثلة على ذلك اتفاقيات إيفيان بين جبهة التحرير الوطني وفرنسا . كما أن العديد من الدول تقيم العلاقات الدبلوماسية مع بعض الحركات ، بل أن منظمة الأمم المتحدة وجهت الدعوة إلى كافة الدول من أجل مساعدة الشعوب المستعمرة للحصول على استقلالها الوطني(1) وقد تجلى ذلك في القرار (1514) . كما اعترفت المنظمة لبعض الحركات بصفة المراقب الدائم على صعيد المنتظم الأممي(2). ورغم ذلك فان المنظمة

---

(1) - GIRAUD (E) , Le droit international public et la politique , R.C.A.D.I 1963, III, T.110, Leyde, A.W. Sijthoff, 1966, P.745 .

(2) - استدعت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974 منظمة التحرير الفلسطينية للمشاركة في مداولاتها ، وسمحت لها بالمشاركة في المؤتمرات التي تعقد تحت إشرافها . كما استدعى مجلس الأمن ممثلة الشعب الفلسطيني لمناقشة الاعتداء الإسرائيلي على مخيمات الفلسطينيين سنة 1975 طبقا للمادة (32) من الميثاق التي تتكلم عن الدولة العضو أو غير العضو في المنظمة والتي تكون طرفا في النزاع . للمزيد من التفاصيل راجع رسالة صلاح الدين عامر المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام - القاهرة - دار الفكر العربي الصفحة 569 .

ومحكمة العدل الدولية لم تصدرا أي تصرف رسمي يقضي بتمتع حركات التحرير الوطنية بالشخصية الدولية . فما السبب في ذلك ؟

لو حاولنا إمعان النظر في الصفات التي أضفتها عليها منظمة الأمم المتحدة صفة المراقب الدائم . لوجدناها تتمتع بمساندة دولية واسعة ، تسمح لها بالتمتع بالفعالية على الصعيد الدولي . الأمر الذي يؤهلها للتمتع بتلك الصفة . وبتعبير آخر فإن المنظمة لم تقم بالدور الريادي المبادر لإعلان الشخصية الدولية لحركات التحرير . بل تركت ذلك لتطور القانون الدولي خارج أجهزتها . على غرار ما فعلته بصدد حق الشعوب في تقرير المصير .

غير أن موقفها السابق ، وموقف القانون الدولي عموما من حركات التحرير الوطنية وبعض تصرفاتها ، يدعم الزعم بتمتع هذه الكيانات بنوع من الشخصية الدولية ، إذا كانت تتمتع بنوع من الفعالية في مطالبتها بحقها في الاستقلال الوطني .

وبذلك تكون حركات التحرير الوطنية شخصا دوليا يساهم في إرساء القواعد العرفية على النحو الذي سنراه فيما بعد[1] .

---

(1) ـ راجع في ذلك الصفحة (57) وما بعدها من البحث .

المطلب الثاني : التصرفات المساهمة في النشوء.

يمكن تقسيم التصرفات المساهمة في إرساء القواعد العرفية الى ثلاثة أنواع . حسب الفروع الآتية .

الفرع الأول : التصرفات الدولية .

تمتاز هذه التصرفات بأنها نتاج الأجهزة المكلفة بالعلاقات الدولية(1)، وهي محل الدراسة التقليدية للعرف . ولذلك فاننا نشير اليها فقط . يذكر الكتاب عدة عناصر نذكر منها ما يلي :(2)

1 ـ الاستعمال " les usages " وهو السلوك الأكثر تكرارا ، مما حدا بالبعض إلى تسميتها بالأعراف غير الكاملة . وهكذا يعتبر القاضي " نيهولم " الاستعمالات المقبولة عامة كمكرسة لمبادئ القانون .

2 ـ المراسلات الديبلوماسية ؛ سواء كانت في شكل تبادل المذكرات أو إصدار تصريحات أو نشر الوثائق الديبلوماسية وما يسمى بالكتب الصفراء أو الحمراء أو الزرقاء أو البيضاء . حيث تنشرها الدول لتوضيح سياستها . وتصلح لاستنتاج العرف .

3 ـ المعاهدات ومشروعاتها والمعاهدات غير النافذة . فإذا كانت الأولى تحدث قواعد عرفية عن طريق تكرار إدراج أحكامها في المعاهدات ، فإن مشروعات المعاهدات والمعاهدات غير النافذة تعتبر بمثابة رجاء الدول لا يستبعد تأثيرها على سلوك الدول والمحاكم الدولية .(3)

4 ـ أحكام التحكيم وقرارات المحاكم الدولية . حيث يتم تجاوز مبدأ نسبية الأحكام القضائية عن طريق تكرار الحكم . مما يجعله يسري على غير أطراف النزاع ، بفعل الصيرورة العرفية .

---

(1) ـ GIANNI (G) , la coutume en droit international ,cit , P: 121 .

(2) ـ للمزيد من التفاصيل راجع رسالة " ماتيسكو نيقولا" بعنوان :

- La coutume source de droit international , PARIS , Cujas 1947 ,p:276 .

(3) ـ حيث قالت المحكمة في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 بأن مجرد التوقيع على الاتفاقية يمكن أن يدخل في تكوين قاعدة عرفية ـ نقلا عن رأيها الاستشاري حول الوجود المستمر لنظام جنوب افريقيا على اقليم ناميبيا لسنة 1971 ـ ص 56 .

5 - المؤتمرات الدولية ، وتجدر الإشارة بشأنها إلى صنفين من المؤتمرات: المنعقدة لمدة معينة ثم تنفض، والمنعقدة دوريا أو باستمرار، وهو ما يسمى بمؤتمرات المنظمات الدولية ، حيث تساهم كلها في بلورة الأحكام العرفية عن طريق تصرفاتها .

6 - المجاملة الدولية ، التي يعتقد الكتاب بأنها تدعم الصيرورة العرفية ؛ بتوفير المادة الأولية . ويضربون لذلك مثالا بقواعد الحصانات الدبلوماسية التي كانت عبارة عن مجرد مجاملات وأصبحت قواعد عرفية .

الفرع الثاني : التصرفات الداخلية

ينكر عدد من الكتاب إمكانية مساهمة التصرفات الداخلية في تكوين العرف(1). غير أن العمل القضائي يكذب ذلك؛ حيث نجد المحكمة الدائمة رجعت إلى التشريعات الداخلية لتحديد الاختصاص القضائي في قضية " لوتس" بل أن القاضي " آلتميرا " يقول :(2)

" إذا كانت تشريعات عدة دول تتبنى نفس المبدأ من قانون الشعوب، فإنه يتكون العرف، في هذا المعنى . "

ليس في هذا القول أية غرابة . إنما الغرابة في تحول تشريع دولة معينة إلى قواعد قانونية دولية ؛ كما حدث لأوامر " لويس 14 " فما هو السر في ذلك ؟

يجيب الأستاذ " سورينسون " بما مفاده أن التصرف ماس بالمادة العرفية . وبعبارة أخرى فإن الأستاذ جعل مساهمة التصرفات في بلورة العرف ممكنة في حالتين :(3)

1 - حالة كونها ماسة بالمصالح الأجنبية الموجودة ضمن إقليم الدولة سواء تمثلت في الأشخاص أو الممتلكات .

---

(1) - SORENSEN (M) , Les sources de droit international , Copenhague , EINARMUNKSGAAD , 1946 , ص 91-92 .

(2) - نقلا عن : GIANNI (G) , oP -cit , P: 129 .

(3) - SORENSEN (M) , ibid , P: 91 .

2 ـ حالة كونها منصبة على تحديد اختصاص الدولة إزاء أعضاء المجتمع الدولي كتحديد المياه الإقليمية أو الجرف القاري مثلا .

معنى هذا أنه يؤخذ بالتصرف الداخلي في حالة كونه ينصب على تنظيم مادة دولية أو تمتد آثاره إلى خارج إقليم الدولة .

الفرع الثالث : التصرفات المستقلة :

يقصد بهذا العنوان مساهمة المؤسسات العلمية والرأي العام في إرساء السوابق المساهمة في بلورة العرف . وبمفهوم المخالفة فإن مصدر هذه التصرفات هي الأجهزة غير الحكومية . وتبعا لذلك نقسم هذا الفرع إلى الفقرتين الآتيتين .

الفقرة الأولى : تصرفات المؤسسات العلمية .

يذهب نفر من الكتاب إلى نكران (1) دور هذه الفئة في قيام العرف ، في حين يؤكد فريق آخر قدرتها على ذلك ، وهكذا اعتقد " غروسيوس" بأن الفقه المنسجم مصدر ممكن للعرف ، ويؤيده في ذلك عدد من الكتاب نذكر منهم " ويتون " و " فيليمور " و " كالفو" و " بلانتشيلي " .

نفس الاختلاف نجده في موقف القضاء (2) .. فبينما اعتبرت المحكمة العليا البريطانية آراء الكتاب ليست إلا تعبيرا عن آرائهم الشخصية في قضية " West Rand central Gold Mining " ضد " THE KING " سنة 1905 . اعتبرته لجنة القضاء للمجلس البريطاني مصدرا للقانون الدولي سنة 1934 ، في قضية اعتداء صينيين على آليات " ZANG SANG of SHIN CHOW " فما هو الصواب في ظل هذا الاختلاف ؟

بادئ ذي بدء ينبغي تحديد المقصود بالمؤسسة العلمية .

---

(1) ـ منهم " سوارين " و " هوبز " راجع في ذلك رسالة " ماتيسكو نيقولا " المشار إليها ص 267 .

(2) ـ ماتيسكو نيقولا ـ المرجع السابق ، ص 271/269 .

تعني المؤسسة العلمية ، وجود أجهزة مستقلة تعبر عن رأيها وليس عن آراء الدول ومواقفها .

تتكون هذه الكيانات من هياكل وأشخاص لايتمتعون بالشخصية الدولية ، ولا بالإختصاص الدولي جملة وتفصيلا . وإنما تمارس مهمة علمية بحتة . ومن الأمثلة عليها معهد القانون الدولي ، الجمعية المصرية للقانون الدولي ، جامعة هارفارد ، أكاديمية القانون الدولي بلاهاي ...الخ .

تصدر هذه الأجهزة أعمالا غير ملزمة .(1) وتبعا لذلك فإننا نميل إلى مدلول المادة (38/1 د) من نظام محكمة العدل الدولية ، المتمثل في اعتبار آراء الفقهاء - وهي الأداة المؤسسات العلمية - كوسائل مساعدة لتحديد القانون لاغير .

الفقرة الثانية : الرأي العام العالمي .

إنه الرأي الصادر من الأجهزة غير الحكومية . أو بتعبير آخر إنه الرأي العام الشعبي . وجدير بالملاحظة أنه يساهم في التأثير على المواقف الحكومية مما يؤدي إلى تدخل الأجهزة المختصة باتخاذ الموقف المناسب . فتتكون من تلك التدخلات سوابق قد تؤدي إلى قيام العرف(2).

وقد يحدث أن يتحول الرأي العام العالمي الى رأي عام دولي بفضل تدخلات الأجهزة الرسمية باصدار التصريحات والإعلانات والبيانات في الاتجاه المعني . مما يساهم في بلورة قاعدة عرفية في هذا الشأن .

---

(1) - فائز أنجاك - القانون الدولي العام -دروس الليسانس - الجزائر - كلية الحقوق - 81 -1982 .

(2)- - MERLE (M) , L'opinion publique , RCADI , 1973 , I . tome: 138 AW - Sijthoff , 1973 p:389.

المطلب الثالث : شروط المنشىء

تفيد الدراسة المتأنية لموضوع العرف، من زاوية الشرعية الدولية، أن هناك جملة من الشروط، يجب أن تتوفر في السلوك ليستطيع المساهمة في بلورة الأحكام العرفية . وهي : الإختصاص، الأهلية، المناسبة، المرجعية .

الفرع الأول : الإختصاص .

للإختصاص زاويتان : الأولى تتعلق بالشخص والثانية تتعلق بالموضوع .

الفقرة الأولى : الإختصاص الشخصي .

يعني الإختصاص الشخصي صدور السلوك من جهاز أو ممثل له الصلاحية لإتيان سلوك أو اتخاذ موقف على الصعيد الدولي[1]. وذلك طبقا للمادتين (2/14) و (07) من اتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961، والمتعلقة بقانون المعاهدات لسنة 1969، على التوالي .

وبعبارة أخرى فإن كل شخص يملك سلطة إلزام الدولة بسلوكه، يكون مختصا شخصيا بالقدرة على المساهمة في بلورة الأحكام العرفية، في تلك الفترة . ولذلك لا يستطيع الوزير أو السفير المعزولين، كما لا يستطيع تماما، أمين عام منظمة الأمم المتحدة المعزول، المساهمة في القيام بهذه المهمة بعد انتهاء فترة نيابته . ومنه يتعذر عليه الإسهام في تكوين العرف من هذه الزاوية . لسبب بسيط هو انتفاء الاختصاص الشخصي لديهم . لكن هل تشترط المرعية في العلاقة التي تربط الشخص المختص بالشخص الدولي الذي منحه هذه الصلاحية ؟

يتعلق هذا السؤال باغتصاب السلطة، التي هي مستبعدة على صعيد العلاقات الدولية نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الدولة في إسناد المهمة لمن تشاء ورفعها عمن تشاء[2].

---

(1) ـ محمد طلعت الغنيمي ـ الغنيمي في قانون السلام ـ الإسكندرية ـ منشأة المعارف ـ 1973 . ص 292 . وانظر رسالة "سورينسون" تحت عنوان :

- Les Sources de droit international ,cit , P: 94 .

(2) ـ إذن العلاقة بين المختص والشخص الدولي هي علاقة مشروعة افتراضا ولكن ينبغي التمييز بين الأشخاص الذين يملكون إختصاصا عاما والذين يملكون إختصاصا ضيقا، حيث ينبغي التأكد من اختصاصهم إما بفحص ورقة التفويض أو أية وثيقة تفيد ذلك .

الفقـرة الثانيـة : الاختصـاص المـادي :

الإختصاص المادي هو حدود الصلاحيات الموكلة للممثل . وقد تكون خاصة كأن تسند مهمة إبرام معاهدة تجارية للممثل . كما قد تكون عامة تشمل جميع التصرفات الدولية كما هو بالنسبة لرئيس الدولة مثلا .

المعروف أن صاحب التمثيل العام أو المقيد ، يجب أن يلتزم حدود نيابته المبينة عادة في ورقة التفويض . وأن أي سلوك يقع خارج الاختصاص المادي يكون أمام أحد الأمرين :

- إما أن تتبناه الدولة بعد إصداره ويصبح بالتالي مساهما في تكوين العرف

- وإما أن لا تتبناه بدعوى خروج الممثل عن حدود نيابته ، وحينها يصبح السلوك مجرد واقعة مادية لا أثر لها في تكوين العرف من زاوية السوابق .

ترتبط طبيعة السابقة بطبيعة الاختصاص المادي . فإذا كان الاختصاص داخليا فان السلوك يكون داخليا ، ويتعذر عليه بالتالي المساهمة في بلورة الأحكام العرفية ، أما إذا كان يتصل بمادة دولية ، أو أنه يمسها . فإن التصرفات الناجمة عنه تساهم في إثراء الصيرورة العرفية .

هذا ونشير في ختام هذه الملاحظة إلى أنه يطلق على الإختصاص المادي اسم " الصفة الدولية للسابقة " في الفقه التقليدي . فهل يكفي تمتع الشخص بالإختصاص للمساهمة في إقامة قاعدة عرفية تسري على الغير ؟

في الحقيقة ، لايمكن تقبل هذا الإفتراض ، بيد أن محكمة العدل الدولية قبلته في قضية " حق المرور " بين الهند والبرتغال سنة 1960 ، حيث أستندت إلى السوابق التي وقعت وقت الإحتلال الإنجليزي للهند للقول بوجود قاعدة المرور المدني . وعدم وجود قاعدة عرفية تقضي بحق المرور العسكري (1).

---

(1) - CIJ , Recueil des arrts , affaire droit de passage , p ; 40

لماذا اتخذت المحكمة هذا الموقف ؟ هل الهند هي خليفة بريطانيا على الإقليم الهندي ؟!

إن الاستقلال لا يمكن أن يكون أبدا خليفة للاستعمار ، لا من حيث الطبيعة ، ولا من حيث الهدف ولا من حيث الوسيلة المستعملة .

الفرع الثاني : الأهلية .

عندما كان الاعتقاد سائدا بأن الدولة هي الشخص الدولي الوحيد ، المخاطب بأحكام القانون الدولي ، كانت هذه الأخيرة تشكل الكيان الوحيد ، المتمتع بالقدرة على المساهمة في إنشاء العرف . ولكن مفهوم الشخصية الدولية تطور عندما بدأ الكلام عن شخصية الكنيسة الكاثوليكية ، والاتحادات الدولية . فما السبب في ذلك ؟

يرى البعض (1) أن معيار السيادة لم يعد كافيا ، ولذا وجدت معايير أخرى للشخصية الدولية ، ومن بينها معيار الأهلية ، حيث تقضي بتمتع كل من يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الدولية ، بصفة الشخص الدولي .

إنطلاقا من هذا المفهوم ، فإن كل كيان يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات دولية ، يؤخذ سلوكه كسوابق مساهمة في بلورة العرف . وهذا يعني أن المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية ، تعتبر أطرافا شريكة في صياغة القواعد الجديدة .

أما التصرفات الصادرة من أطراف لا تتمتع بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الدولية ، فإنها تعتبر وقائع مادية لا أكثر . ومن الأمثلة على ذلك المواقف الفقهية والقرارات التي تصدرها المؤسسات العلمية (2) .

---

(1) ـ انظر في ذلك : - Quadri (R) , cours général.,cit , P: 373-385 .
وحامد سلطان ـ القانون الدولي العام في وقت السلم ـ الطبعة السادسة القاهرة ـ دار النهضة العربية ـ 1976 ـ ص 67/65 . ويشير الأستاذ علي صادق أبو هيف ـ القانون الدولي العام ـ المعارف ـ ص 106 إلى ذلك بقوله : " أصبح يشارك الدول ... أشخاص آخرون ... وامتدت إليهم أحكامه فأضفيت عليهم بذلك نوعا من الشخصية أو الأهلية القانونية الدولية . "

(2) ـ راجع في ذلك الصفحتين 49/48 من هذا البحث .

الفرع الثالث: المناسبة والتكرار .

يكاد يجمع الفقه على ضرورة الإتيان بالتصرف المعني كلما سمحت الفرصة أو طرأت المناسبة ، لكي يساهم في بلورة العرف . وهذا أمر مقبول ، لكي تحتفظ السابقة بأهميتها ، ولتحقيق شرط العمومية والتوافق على النحو الذي حددناه في المفهوم المتقدم .

يعتبر تكرار السابقة في الحالة المشابهة عنصرا لازما لقيام العرف ذلك لأن عدم تكرارها يعني الإهمال واتخاذ مسلك آخر ، مما يوحي بتوجيه النية إلى تعديل أو مخالفة المسلك الأول (المهمل) وهو ما يمنع قيام العرف .

لم يحدد الفقه ولا القضاء مدة التكرار اللازم لقيام القاعدة العرفية وتتراوح المواقف بين من يكتفي بحادثة واحدة (1) ، وبين من يتطلب الإستعمال العريق تأسيسا بموقف القضاء . حيث نلاحظ بهذا الصدد أن المحكمة الدائمة ومحكمة العدل الدولية كانتا تتطلبان " الإستعمال العريق " . ولذلك نجد المحكمة الأخيرة تلجأ إلى سوابق يعود تاريخها إلى أكثر (2) من مائة سنة في قضية " حق المرور " غير أن المحكمة ذاتها اتخذت موقفا آخر في قضية الجرف القاري سنة 1969 حيث رأت بأن انسياب فترة قصيرة من الزمن لايقف حائلا دون قيام العرف (3)

ما هو موقفنا في ظل هذا الإختلاف ؟

إن للتكرار علاقة بالحالة المعروضة فإن كانت كثيرة الوقوع اشترط فيها التكرار الكثير ، عكس الحالات النادرة الوقوع . وبعبارة أخرى فإن الحد الأدنى للتكرار هو ما يكفي لإثبات صحة السلوك وصحة الإحساس بالالزامية . (4)

---

(1) ـ منهم " بيراسي " و " محمد المجذوب الغنيمي " راجع ذلك في الصفحة (16) من هذا البحث .

(2) ـ CIJ , Recueil des arrêts , affaire droit de passage , 1960 , P:40 .

(3) ـ CIJ , Recueil des arrêts , affaire de plateau continental , 1969 , page 43.

(4) ـ وهو الاتجاه الذي يتبناه الأستاذ " فائز انجاق " دروس القانون الدولي ـ الجزائر ـ كلية الحقوق ـ 1981 ـ 1982 .

الفرع الرابع : الشرعية

يؤكد عدد من الكتاب الذين درسوا القانون الدولي واطلعوا على نواقصه ، على ضرورة وجود بعض القواعد السامية التي تشكل النظام العام الدولي [1]. وهو ما أكدته لجنة القانون الدولي سنة 1966 ، وما تم تكريسه في المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969 ، وما ورد في المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة قبل ذلك .

لقد ترجم هذا الواقع الفقهي والاتفاقي اتجاه السلف من أنصار المدارس الطبيعية والاجتماعية والموضوعية . وتبعا ، فإن التصرفات المخالفة للشرعية تقع باطلة ، ولا يمكن لها المساهمة في بلورة العرف . ومنطلقنا في ذلك هو اعتبار المعاهدة المخالفة للقواعد الآمرة باطلة ، كما تقضي المادة (53) السالفة الذكر .

هذا ونشير إلى أننا خصصنا فصلا خاصا للشرعية الدولية (الفصل الثاني من الباب الثاني) ولذلك نحيل إليه فيما يخص التفاصيل .

---

(1) - voir : CHAUMONT (CH) , cours général de droit international , R.C.A.D.I . , 1964 -III , Tome : 129 , Saydsi.tAWESi.Jhoff, 1970 , P: 370 ; ainsi que : Quadri (R) , cours général ,cit , page 335 .

المبحث الرابع

أنواع القواعد العرفية .

هناك عدة معايير لتقسيم القواعد العرفية ، نختار منها المعايير الآتية :

معيار المخاطبة ومعيار المصدر والبعد الإلزامي . ولذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : أنواع القواعد العرفية من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها .

يعتبر هذا المطلب تكملة للمبحث الثالث ؛ ولذلك نتبنى فيه نفس التقسيم ، ونتناول في الفرع الأول الدول وفي الثاني المنظمات الدولية وفي الثالث حركات التحرير الوطنية .

الفرع الأول : الدول .

باعتبار الدول هي الأشخاص الدولية الأولى[1] المخاطبة بأحكام القانون الدولي ، وباعتبار القانون التقليدي يعتمد على الفعاليات ، وباعتبار أن العرف يتكون من أعمال وتصرفات أشخاص القانون الدولي . فإن الدول تحوز على قدر كبير من القواعد التي تخاطبها . وهكذا فإن أغلب قواعد القانون الدولي تخاطب الدول : الحصانات الدبلوماسية ، قواعد الحرب البرية ، البحرية ، القواعد المتعلقة بتحديد المياه الإقليمية ، قواعد إبرام المعاهدات وتفسيرها ...الخ .

ولعل السبب في ذلك هو اعتماد السيادة كمعيار للشخصية الدولية ، كما رأينا من قبل[2].

[illegible]

---

(1) ـ أنظر في ذلك محمد السعيد الدقاق ـ القانون الدولي : المصادر والأشخاص ـ الطبعة الأولى ـ بيروت ـ الدار الجامعية ـ 1981 . ص347 .

(2) ـ راجع في ذلك الصفحة (39) وما بعدها من هذا البحث .

الفرع الثاني: المنظمات الدولية .

سبقت الإشارة إلى النقاش الذي أثير بصدد الشخصية الدولية للمنظمات الدولية . ولقد إنتهى البحث إلى أن رأي المحكمة الإستشاري الصادر في 1949/04/11 وضع حدا للجدل الذي كان سائدا ؛ بتقريره الشخصية الوظيفية لصالح هذه الكيانات . وتبعا لذلك فإن مساهمتها في بلورة الأحكام العرفية أصبح من الأمور المسلم بها . وذلك طبقا للمقولة القائلة بأن أشخاص القانون الدولي هم المساهمون في تحديد أحكام هذا الأخير . وطالما أن الأمر كذلك فإن المنظمات الدولية أصبحت مخاطبة بالقواعد العرفية المناسبة ؛ كقواعد الحصانات والامتيازات ؛ حيث يذهب بعض الكتاب إلى أن الإتفاقيات التي تبرمها المنظمات الدولية ؛ والتي لاتذكر هذه الإمتيازات على سبيل الحصر ؛ تؤدي إلى تطبيق الأحكام العامة على تابعي المنظمات الدولية[1]. بل أن إتفاقيات المقر المبرمة بين المنظمة والدولة المضيفة، أصبحت تشكل قاعدة عرفية ؛ بفعل تكرار إبرام هذه الإتفاقيات ؛ وبفضل الرأي الإستشاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق باغتيال " الكونت بيرنادوط " حيث اعتبرت المحكمة عملية وضع رسالة أمام المنظمة يقتضي أن يترتب عليه إعطاءها الوسائل الممكنة لتحقيق هذه الرسالة[2].

يستند الموقف السابق ؛ على اعتبارات قانونية تتمثل في موطن هذا الكيان الجديد(المنظمة الدولية)؛ حيث يصعب تصور شخص قانوني بدون موطن من الناحية القانونية البحتة . كما أن الإعتبارات العملية تدعمه . بأن تتنازل بعض الدول مؤقتا عن جزء من إقليمها كدليل عملي عن جدوى المنظمة ومصلحة الدول الأعضاء فيها .

---

(1) _ محمد السعيد الدقاق _ المرجع السابق _ ص 165 . بل أن الأستاذ " سورينسون " يذهب إلى أكثر من ذلك حيث يعتبر الإتفاقيات التي تبرمها المنظمات الإقليمية مع منظمة الأمم المتحدة دليلا على تمتع هذه الأخيرة بالشخصية الدولية وأداة لنشوء القواعد العرفية . راجع في ذلك دروسه تحت عنوان :

- Principes de droit international , cit , P: 139 .

(2) _ لقد انطلقت المحكمة من هذا المبدأ لتقرر تمتع المنظمة بالشخصية الوظيفية . وإننا لانجد مانعا من التذكير به [illegible] وصلنا إليه في المتن .

هذا ، ونشير إلى أن عملية التبادل الدبلوماسي بين الدول والمنظمات الدولية أصبحت من الممارسات اليومية لهذين الشخصين الدوليين . وهكذا نجد كيانا آخر يقف إلى جانب الدول باعتباره مخاطبا بأحكام القانون الدولي العرفية .

الفرع الثالث: حركات التحرير الوطنية .

لم يذكر الأستاذ " كادري رولاندو" حركات التحرير الوطنية باعتبارها كيانا يتمتع بالشخصية الدولية ، رغم أن دروسه قد ألقيت بأكاديمية القانون الدولي بعد إدانة الاستعمار من طرف منظمة الأمم المتحدة سنة 1960 . مما قد يوحي للبعض بأن هذه الكيانات لاتتمتع بالشخصية الدولية ، ولكن الدراسة المتأنية تفيد عكس ذلك ، ضمنيا من قوله بأن الشخصية القانونية اتسعت لتشمل كيانات غير حكومية (1)، وصراحة من قوله (2):

"إن انتصار إئتلاف المتمردين على النظام السائد ... وسيكون ... مساكا للتاريخ ، الزعم بأن هذه الأحداث المفاجئة ، وما تحدثه من تغيير في المحور الجماعي ، ليست في مستوى تعديل القانون الموجود."
وبعبارة أخرى، فان حركات التحرير (إئتلاف المتمردين) قادرة على تغيير المحور القانوني وتعديل القانون الموجود . وهو ما أحدثته حركات التحرير في العشريتين الخامسة والسادسة من القرن العشرين ، مما أدى إلى إدانة الإستعمار سنة 1960، وتسمية تلك السنة بالسنة الإفريقية ، حيث حصلت إحدى عشرة دولة إفريقية على استقلالها الوطني .

من أمثلة القواعد العرفية المخاطبة لحركات التحرير، القواعد المعترفة بصحة معاهدات الإستقلال ، والمعاهدات مع الدول الصديقة، علما بأن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لم تذكر حركات التحرير الوطنية

---

(1) - Quadri (R) , cours general de droit international ,cit , P: 325 .

(2) - Quadri (R) , ibid , P: 325 .

ولم تمنحها هذا الحق ، ونفس الشيء بالنسبة للعلاقات الدبلوماسية حيث أصبحت حركات التحرير تتمتع بهذا الحق وتمارسه على أوسع نطاق عن طريق فتح مكاتب تمثل مصالحها في الدول المعنية ، مع تمتع ممثليها بالحصانات والإمتيازات الدبلوماسية ، الأمر الذي يوحي بوجود قاعدة عرفية في هذا المعنى ، علما بأن اتفاقية العلاقات الدبلوماسية لم تمنح هذه الحقوق لحركات التحرير .

ثم إن حصول منظمة التحرير الفلسطينية وسوابو على صفة المراقب الدائم في منظمة الأمم المتحدة من شأنه أن يشكل سابقة دولية لقيام قاعدة عرفية ، مقتضاها قبول كل حركة تحرير وطنية ، تتمتع بنوع من المساندة الدولية بمثل هذه الصفة .

إذن هناك جملة من القواعد العرفية تخاطب حركات التحرير الوطنية ، على غرار القواعد التي تخاطب الدول والمنظمات الدولية . وبذلك تتأكد مصداقية المقولة بأن القانون الدولي هو القانون الذي ينظم العلاقات الدولية .

المطلب الثاني : أنواع القواعد العرفية من حيث المصدر .

عمد الأستاذ " جيرو " إلى تقسيم الأعراف من حيث المصدر إلى ثلاثة أنواع (1) :

العرف التقليدي وهو المتولد من العمل الحكومي ، العرف القضائي وهو الناتج من عمل القضاء ، العرف الموجه وهو المترتب عن تصرفات المنظمات الدولية .

تشكل هذه الأنواع الثلاثة عناوين الفروع الآتية :

---

(1) - GIRAUD (E) ,Le droit international public et politique , cit ,P: 634 op

الفرع الأول : العرف التقليدي .

إنه العرف المتأتي من السلوك الذي اتبعه الأشخاص الدوليون حتى تحصل على عنصر الإلزام .وينقسم إلى ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي . وهو موضوع الدراسات التقليدية ، ولذلك نحيل اليها(1).

الفرع الثاني : العرف القضائي .

يرى بعض الكتاب بأن الأحكام والقرارات القضائية تشكل مصدرا هاما للأحكام العرفية (2) ، على الرغم من أن المادة (59) من نظام محكمة العدل الدولية - الموافقة للمادة (84) من اتفاقية لاهاي لعام 1907 المتعلقة بتسوية النزاعات بالطرق السلمية - تقضي بنسبية الأحكام التي تصدرها المحكمة . وهكذا يعتقد الأستاذ " جيرو " بأن تحول هذه التصرفات إلى قواعد عرفية يتم عبر الآلية الآتية :(3)

" عندما تريد المحكمة الفصل في القضية المعروضة أمامها ، تعود إلى السوابق المعروضة في الحالات المماثلة أو المقاربة لها ، دون الإلتزام باتباع تلك السوابق ... وكما هو الشأن في العرف التقليدي ، فان العرف القضائي يتكون من بعض القرارات (الأحكام) المتكررة أو المتكاملة ."

يفهم من هذا القول استعمال نفس التقنية في العرفين التقليدي والقضائي ، لكن الكاتب استعمل كلمة تحتاج إلى تفسير ، فما المقصود بكلمة " المتكاملة " .

عندما يتكلم عن العلاقة بين القاضي والعرف يقول :(4)

" الأمر يعود للمحاكم في الفصل في وجوده (العرف) ، في مضمونه ...ولكن القاضي لا يتجه إلى تطبيق السابقة بحذافيرها . إنه يكملها عندما يكون أمام غير معروضة سابقا ، ويبدلها أحيانا لتصبح موافقة للأفكار والحاجات الجديدة "

---

(1) - أنظر - GIRAUD (E) , Op - cit , et ; GIANNI (G) , La coutume en droit international , ainsi que : MALLEA (E) , Quelques considerations sur la relation entre entre les principes généraux de droit/COUTUME.

(2) - GIRAUD (E) ,Op -Cit, page 634 - 639

(3) - GIRAUD (E) , ibid , Page 639-640.

(4) -GIRAUD (E) , Ibid , page 641-642

وبعبارة أخرى فإن مفهوم التكامل الذي أشار إليه يعني وجود أحكام تدور حول نقاط معينة متقاربة، تتعلق بموضوع معين .

يؤخذ من الفقرة السابقة، بأن القضاء يتدخل في تكوين العرف بطريقة تكرار الأحكام، أو عن طريق إكمال الفراغات القانونية (في حالة التفسير)، أو عن طريق تعديلها لجعلها متناسبة مع الحالة المعروضة . وهذا ما يجعل دور القاضي هاما وخطيرا ، مما جعل أحد القضاة يقول :(1)

"إن ممارسة الوظيفة القضائية تكشف عن التعقد الكبير للعلاقات الدولية، وعن التنوع والأهمية غير المشكوك فيها لوضعيات وسيطة أو فرعية، بصورة محضة . الأسباب التي لا تسمح بتطبيق قاعدة عرفية دون تفرقة ...."

هذا، ونشير ، إلى أن هذا النموذج معروف منذ القديم (2) ولـه أنصار في الفقه والقضاء على النحو الذي سنراه في الفصل الثاني (3)

الفرع الثالث : العرف الموجه .

يكمن أصل هذا النوع من الأعراف في التعبير الجماعي للرأي، الذي يتمثل في صدور قرار من منظمة دولية ، يتم التصويت عليه من طرف الجمعية العامة (4)، علما بأن هذه الأخيرة لا تملك (بصورة عامة) القدرة على إصدار تصرفات ملزمة ، غير أنها تستطيع أن تتحول إلى قاعدة عرفية إذا وافقها العمل وإذا توفرت العقيدة بضرورة احترامها .(5)

---

(1) ـ القول للقاضي الدولي " شارل دوفيشر " نقلا عن :
GIRAUD (E), op cit , PAGE 644

(2) ـ انظر رسالة - MATEESCO -(N) La coutume source de droit international, cit , page 265.

(3) ـ راجع في ذلك الصفحة (87) من هذا البحث .

(4) ـ تتكون الجمعية العامة من كافة الدول الأعضاء في المنظمة . ويتم التصويت بالأغلبية بصورة عامة ، مما يسمح للبلدان النامية استخدام الأغلبية التلقائية لصالحها كما يرى القاضي الدولي الجزائري محمد بجاوي ـ المرجع السابق ـ ص 196/189 .

(5) ـ -CASTANIDA (J) Valeur juridique des résolutions des nations unies, R.C..A.D.I. 1970 .I.T.129 [illegible] LEYDE, AW.SIJTHOFF 1970 PAGE 278

يشرح الأستاذ " محمد السعيد الدقاق " هذا النمط من التكوين للقاعدة العرفية بقوله :(1)

" ... وفي حالة تدخل المنتظم الدولي (المنظمة الدولية) للإسهام في تكوين القاعدة العرفية عن طريق ما يصدره من قرارات ، نجد أن مضمونها يتحدد إبتداء بواسطة قرار ... ليتحول بعد ذلك - حينما يتوفر الركن المعنوي - إما بعد صدور القرار الأول ، وإما بعد تكرار صدور قرارات مماثلة ، إلى قاعدة عرفية . "

يبدو أن هذا هو مقصود الأستاذ " جيرو " من قوله "إذا وافقها العمل وإذا توفرت العقيدة " .

وبعبارة أخرى يتكون هذا العرف في شق منه طبقا للصيرورة التقليدية عن طريق التكرار ، وفي شق آخر يتكون فقط من تطبيق القرار ، أي دون تدخل المنظمة الدولية بإصدار قرارات مماثلة . وفي هذه الحالة يكفي العمل لقيام العرف . لكن أين هو الركن المعنوي ؟

يرى الكتاب المناصرون لهذا الإتجاه ؛ أن العنصر المعنوي في القرار يكون مصحوبا لصدوره . أي أنه يسبق العمل ، عكس ما يحدث في العرف التقليدي .(2)

إنّ صح هذا القول في جزء منه ، فيما يتعلق بالقرارات الملزمة ، فإنه لا يكون صحيحا في القرارات غير الملزمة . ولذلك نجد الأستاذ " تييري " يقول بأنه لا يمكن وضع القرارات في نفس المستوى ؛ ولكن ينبغي على القرارات المساهمة في بلورة الأعراف بهذه الطريقة ، أن تكون مقبولة بأغلبية ساحقة ؛ وأن يكون مضمونها عاما ومجردا ، وأن يتم تكريسها بعمل لاحق.(3)

وبتعبير آخر فان هذه التصرفات تشكل إطارا مسبقا لأعراف مستقبلية ، لا ينقصها سوى تأييد العمل لها لتتحول إلى قاعدة عرفية . وإننا سنقدم نماذج عنها في الفصل الثاني من هذا الباب.(4)

---

(1) - محمد السعيد الدقاق - المرجع السابق - ص 187.

(2) - من هؤلاء " محمد السعيد الدقاق " و " جيرو " و " تييري " و " شارل دو فيشر " .

(3) - THIERRY (H) , droit international public, cit , P: 122 .

(4) - انظر الصفحة (221) من هذا البحث . وما بعدها .

المطلب الثالث : أنواع القواعد العرفية من حيث الالزام .

يعرف القانون الدولي ، من هذه الزاوية ، نوعين من القواعد العرفية : القواعد العامة والقواعد الإقليمية أو الخاصة [1]. وهو ما سنتعرض له في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول : الأعراف العامة .

يعرف هذا النوع بأنه يتكون من القواعد التي تربط جل أعضاء المجتمع الدولي ، والتي يتشكل منها القانون الدولي المشترك . وعليه فإن أحكامه تواجه جميع الدول ، بما في ذلك الدول الجديدة ، والدول التي لم تقدم أية مساهمة في إنشائها [2] . ومن الأمثلة عليها القواعد العرفية البحرية ، التي يعتقد البعض بأنها تطبق على الدول التي أصبحت تطل على البحر كالصرب سنة 1919 . فما السبب في ذلك ؟

يعتقد البعض بأن هناك قرينتان تفيدان قبول الدولة بالقاعدة :[3]

1 - سكوت الدولة .

2 - دخول الدولة إلى المجموعة الدولية ، يعني قبولها الإجمالي لمجموع القواعد الموجودة سابقا .

وفي الحقيقة ، فإن سكوت الدولة أو دخولها إلى المسرح الدولي ، لا يعني بالضرورة قبول القواعد التي تنظم العلاقات الدولية . بل قد يعني وجود ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية واستراتيجية تدفعها إلى ذلك .

إن أغلب البلدان النامية تتشكك في قواعد القانون الدولي الظالمة [4] ، وتسعى إلى تغييرها ، رغم أنها انضمت إلى المجموعة الدولية . ذلك لأنها تتشكك في مصداقية " الإنضمام - القبول " . وتؤمن بضرورة التغيير من الداخل ، طالما أنها عاجزة عن التغيير من الخارج .

---

(1) - يقسم " شوموند " القواعد الدولية إلى القواعد الخاصة (العرف الخاص والمعاهدة الثنائية) والقواعد العامة (العرف العام والمعاهدات متعددة الأطراف) والقواعد العليا (الآمرة) . أنظر دروسه أمام أكاديمية القانون الدولي سنة 1970 - المشار اليه - ص 373.

(2) - L'huilier (J) , Op- cit , P: 223 .

(3) - L'huilier (J) , Op - cit , P: 224 .

(4) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 179 .

تعني القرينة الأولى ضمنيا تمتع الدول بحق التحفظ الصريح على القواعد الموجودة . وهو ما يشكل النتيجة المنطقية للمذهب الإرادي ، ولكنه يؤدي إلى تفكك هذا المنفذ من القواعد مما يقلل من حجيتها ويقلص من عموميتها ، بل قد يؤدي إلى تغيير نوعها ، فتصبح قاعدة غير عامة . ولكي نفهم ذلك جيدا ، نفترض بأن الدول الجديدة تحفظت كلها على الأعراف التي وجدتها عند دخولها إلى المسرح الدولي . وإذا علمنا أن عدد الدول الجديدة يفوق بكثير عدد الدول التي كانت موجودة قبل الحرب العالمية الثانية ، فإن ذلك يؤدي إلى تغيير درجة الأعراف العامة التي كانت تحكم علاقات الدول آنئذ ، فتصبح غير عامة . وبذلك تسقط المقولة القاضية بمواجهة الأعراف العامة لجميع الدول قديمها وجديدها .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن شرط الرفض الصريح ، من النادر جدا أن يتحقق ، نظرا لهدم تحديد فترة إصداره . فإذا كانت الأحكام تسري آليا على الأعضاء الدولية بمجرد ميلادها ، فمعنى ذلك أن سريان العرف يبدأ قبل أن تصدر الدولة قرارها بالإنضمام .

أما اذا تركنا تحديد هذه المدة للدول ، فإن كثيرًا منها لاتصدر قرارها ، إلا عندما يكون العرف ماسا بمصلحتها سلبا أو إجابا . وبذلك يسود عدم الإستقرار ، وعدم وضوح الأحكام المكونة للقانون الدولي المشترك .

لعل هذه الأسباب هي التي دفعت أحد الكتاب إلى القول : (1)

"إذا كان أصل العرف خارجيا ، أو أعلى من الدول ... فإننا نصل إلى أن ميدان تطبيقه عالمي ... إن منطق للاتفاق الضمني يقودنا إلى تعدد الأعراف الإقليمية والمحلية ... ويصبح من الصدفة إثبات قاعدة عامة . " ويقترح هذا الكاتب ثلاثة معايير لتطبيق الأعراف العامة وهي (2):

1 - ليس شرطا أساسيا مساهمة الدول لسريان العرف في مواجهتها . ويضرب لذلك مثالا بقواعد البحر المتكونة منذ القرن السابع عشر

---

(1) - THIERRY (H) , droit international public , cit , P: 117 .

(2) - THIERRY (H) , ibid , P : 118 .

والثامن عشر ، بمساهمة الدول الأوروبية والقوى العظمى .

2 - ليس من الضروري أن تقبل الدول صراحة الحكم العرفي . معتمدا على آراء عدد من الكتاب ، من بينهم الفقيه السوفياتي " تونكين " ، التي تقضي بأن دخول الدولة الجديدة إلى المجموعة الدولية دون تحفظ ، يعني قبول المبادئ والقواعد القانونية السارية .

3 - إن الدول الرافضة صراحة للأحكام العرفية ، لاترتبط بها . مستشهدا في ذلك بحكم محكمة العدل الدولية في قضية المصايد ، حيث أعلنت بأن النرويج كانت دائما ضد كل محاولة تهدف إلى تطبيق قاعدة العشرة أميال على الساحل النرويجي . وباختصار فإن النتيجة التي توصل إليها ، تتمثل في سريان العرف العام على الكافة ، مالم يصدر تحفظ صريح .

وهكذا حاول الكاتب السالف الذكر الخروج من متاهة الإتفاق الضمني ، لكنه بقي في إطارها . طالما أنه تكلم عن التحفظ .

إن المدرسة الإرادية تقع في مفارقة عجيبة ، حين تقيم العرف على الإرادة وتفترض في التصرفات الإرادية الحجية العامة ، المؤهلة لها للتطبيق على أطراف لم تعبر عن إرادتها ؛

إن التفسير الصحيح للحجية العامة ، يكمن في تمتع الأعراف العامة بميزة موضوعية ، لا علاقة لها بالارادة . وذلك بأن تكون تطبيقا أو تفسيرا أو اشتقاقا من القواعد الآمرة الدولية (1)

صحيح أن هذا الرأي يقلل من الأعراف العامة ، لكن لا ضير ، طالما أن القواعد التي تتمتع بتلك الحجية ، تجد أساسها القانوني الحقيقي .

يخدم هذا الرأي مصالح البلدان التحررية ، التي تصبو إلى الخلاص من لاعدالة القانون الدولي الحالي . عن طريق تدعيم الشرعية الدولية ، وأعني بذلك القواعد الآمرة الدولية ؛ التي ينبغي على المحافل الدولية ورجال القانون تحديدها والإطلاع على فحواها .

---

(1) يشير إلى ذلك الأستاذ محمد سامي عبد الحميد بقوله :

" فالقواعد المتصلة بالمصلحة العليا لا يجوز الإتفاق على مخالفتها . "

راجع في ذلك كتابه - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول ؛ القاعدة الدولية - المشار إليه - ص ص 280 - 282 .

الفرع الثاني : الأعراف الإقليمية .

يذهب عدد من الكتاب(1) إلى أن انتماء الدول إلى الجماعة الدولية في مفهومها العالمي ، لايتعارض مع وجود جماعات دولية إقليمية لها قواعد ملزمة لها ، رغم عدم تصريح المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية بذلك . وإذا كنا لانعارض هذا الإتجاه الذي نجده مكرسا في المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة ، فإننا نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذه القواعد ؟

يجيبنا أحد الأساتذة بأنه " لايوجد أي خلاف واقعي في الطبيعة القانونية ... والخلاف الوحيد هو في مجال سريانها ، حيث تسري على الجماعة التي أوجدتها . "(2)

إنطلاقا من هذا المفهوم ، تدخل ضمن هذه الأعراف القواعد التي نشأت بين أعضاء المنظمات الدولية ، حيث يلاحظ الأستاذ " سورينسون "بأن الأعراف التي تطورت في إطار العصبة بقيت آثارها القانونية لاتمس الدول غير الأعضاء ... ولكن ينبغي أن تكون موصوفة بأنها أعراف دولية " (3)

هذا ، وعلى الرغم من أن نظام محكمة العدل الدولية لم يتكلم صراحة عن هذا النمط ، فإن المحكمة كرسته في عدة أحكام منها " قضية المصائد " ، " حق الملجأ " ، " حق المرور " .

وفي الحقيقة ، فإنه لايمكن استبعاد هذا الموقف ، طالما أن المحكمة اعتمدت النظرية الرضائية في العديد من أحكامها . وهكذا نجدها في قضية " حق المرور " تقول :

" لاترى المحكمة سببا لعدم اعتبار العمل المستمر بين دولتين ، باعتباره عملا مقبولا ، لتسيير علاقاتهما ، أساسا للقانون الملزم لهاتين الدولتين بصفة تبادلية ." (4)

إذا كانت المحكمة قد قبلت إمكانية نشوء عرف بين أطراف محدودة فما هو موقف الفقه ؟

---

(1) - منهم "تيمري" و" نويليي" المراجع السابقة - ص 119و223 على التوالي .

(2) - محمد سامي عبد الحميد - المرجع السابق - ص 280.

(3) - SORENSEN (M) , Les sources de droit international , cit , P: 104.

(4) - ARRET du 16/04/1960 , cij , recueil 1960, P: 39 .

يمكن القول منذ البداية، بأن الفقه قبل هذه الإمكانية ، ونذهب في تفسيرها إلى القول بإمكانية وجود أعراف بين الدول التي تنتمي إلى نظام سياسي معين[1]. كأن تقوم قواعد عرفية بين البلدان الإشتراكية وأخرى بين البلدان الرأسمالية .

ومع عدم استبعاد هذا الإفتراض ، فإنه يبدو من الضروري إشتراط عدم مساس القواعد التي تقوم بين هذه الأنظمة ، بالقواعد الآمرة الدولية . أي ينبغي أن تكون في حدود الشرعية الدولية (النظام العام الدولي) ؛ حتى لايتخذ الحكام الإيديولوجية ستارا للتدخل في الشؤون الداخلية للشعوب .

يؤكد الكتاب على ضرورة مشاركة الدولة في الأعراف الاقليمية لكي تكون معنية بها . ولذلك نجد الأستاذ " تييري " يقول :(2)

"إن الأعراف الخاصة لايمكن تطبيقها إلا بالنسبة للدول التي ساهمت عمليا في تكوينها ." وتبعا لكل ما سبق فإن هناك الأعراف الإقليمية إلى جانب الأعراف العامة ؛ تمتاز بميدان سريانها المحدود ، عكس الأعراف العامة التي تسري على المستوى العالمي . لكن ماهي العلاقة بين هذين الصنفين من الأعراف ؟

الفرع الثالث : العلاقة بين الأعراف العامة والأعراف الإقليمية .

من السهل تحديد العلاقة بين مختلف قواعد القانون الدولي ، بالإستناد على مبدئي : " اللاحق يلغي السابق " و " الخاص يقيد العام ". لكن الصعوبة تثار بصدد هذا الأخير . إذ ماهي المصطلحات التي تدخل ضمن نطاقه ؟ المعروف أن القواعد العرفية تنقسم من حيث المدى إلى أعراف ذات سمعة واسعة ، دأب الفقه الغربي على إطلاق عدة تسميات عليها منها :

---

(1) - GIRAUD (E) , Op -cit , P: 638 .

(2) - THIERRY (H) , Op - cit , P : 120 .

، " les coutumes universelles " ، " les coutumes génerales "

.." les coutmes mondiales "

بينما يطلق تسميات :

" les coutumes locales " ، " les coutumes régionales "

" ، " territoriales " spéciales " على الأعراف ذات الصبغة الضيقة .

لو أردنا التمعن في هذه المصطلحات ، فإننا نجد العرف العام هو نتيجة لاستعمال معيار " مدى الحكم " . وتقابلها الأعراف الخاصة . وأن الأعراف العالمية هي نتيجة لاستعمال المعيار الجغرافي ، وتقابلها الأعراف الإقليمية . كما يدخل تحت نتائج هذا المعيار العرف العالمي مقابل العرف المحلي . وهو ما يشير إليه الأستاذ " جورج بونار " باعتماد المعيارين الجغرافي والمادي (1).

غير أن العمل الدولي يعرف الخلط في انتقاء المصطلحات المناسبة ؛ حيث لايميز بين العرفين العام والعالمي ، وبين الخاص والإقليمي . فيتوصل إلى دراسة العام من العرف الإقليمي . والعرف العالمي مع العرف الخاص . وهو ما وقعت فيه محكمة العدل الدولية في قضيتي " حق الملجأ سنة 1950 " و " حق المرور سنة 1960 " حيث قررت في هذه الأخيرة تطبيق مبدأ " الخاص يقيد العام " وقالت على النصوص (2):

"إن عملا خاصا كهذا (وهي بصدد دراسة العرف الإقليمي) ينبغي أن يتقدم على القواعد العامة المحتملة . " وبعبارة أخرى، فإن المحكمة قررت أولوية العرف الإقليمي على العرف العام . معتبرة الإقليمي مرادفا للخاص . وهو ما يشكل مزجا بين مصطلحين مختلفين من حيث المصدر ومن حيث الطبيعة .

فمن حيث المصدر نجد العرف الإقليمي يقوم بفضل العلاقة الإقليمية

---

(1) - BENAR (G) , Sources de droit international ; la coutume : application et éxecution , J.C.D.I ,FASC 13C 196o ,PARIS , edetions techniques , 196o , P: 1o .

(2) - CIJ ,Recueil des arrêts , 196o , P: 44 .

الموجودة بين أطراف معينة (المعيار الجغرافي) ضمن نطاق جغرافي معين . كما أن سبب وجوده هو غياب قاعدة عالمية تحكم العلاقة المعنية . فلو وجد عرف عالمي ينظم هذه العلاقة لما كان بد لوجود قاعدة إقليمية .

وإذا كان هذا هو وضع العرف الإقليمي . فإن العرف الخاص يختلف ، حيث يكون سبب وجوده هو وجود خصوصيات ذاتية لعلاقة معينة ، ليست بالضرورة إقليمية ؛ تدعو إلى تجاوز حكم العرف العام ، الساري على أطراف العرف الخاص من حيث المبدأ . وهو ما يحدث في الإنصاف .

لقد أشارت محكمة العدل الدولية إليه في قضية المصائد بقولها :(1)

"إن الخط الخارجي للصخور يفرض نفسه ، باعتباره ينبغي العمل به لتحديد المياه الإقليمية النرويجيه . إن هذه الحقائق الجغرافية تملي هذا الحل . "

ومن حيث الطبيعة ، فإن العرف الإقليمي وجد ليحكم علاقة ضيقة ، يفترض أنها غير منظمة بعرف عالمي . وبالتالي فإن ضيق العمومية المتوفرة فيه لا تسمح له بالتأثير في العرف العالمي . وهو ما نعتقده مكرسا في المادتين (52) و(103) من ميثاق الأمم المتحدة (2)

ويترتب على هذا التمييز إستبعاد تطبيق قاعدة " الخاص يقيد العام " بالنسبة للعرف الإقليمي في مواجهة العرف العالمي .

أما العرف الخاص ، فعلى الرغم من أن العلاقة التي يثيرها تبدو محدودة من حيث الأطراف ، فإن العمومية التي ساهمت في قيامه هي نفسها العمومية المساهمة في قيام القاعدة العامة . سواء كان ذلك بصورة صريحة ، كما هو بالنسبة للقاعدة التي تسمح لحركات التحرير الوطنية باستعمال القوة ، تجاوزا للقاعدة العامة المحرمة لذلك . أو كانت ضمنية ، كما فعلت محكمة العدل الدولية في قضية المصائد كما رأينا .

---

(1) - CIJ Recueil des arrêts ,affaire des pêcheries 1951, P: 128 .

(2) - اللتان تسمحان بوجود تنظيمات اقليمية . وبالتالي قواعد عرفية إقليمية على هذا المستوى ، شريطة عدم التعارض مع مبادئ الميثاق ، وفي حالة التعارض فإن الأولوية تكون لأحكام الميثاق .

وتبعا لذلك، فإن هذا النوع من الأعراف هو المؤهل لاستيعاب قاعدة " الخاص يقيد العام " .

وأخيرا هل يستطيع العرف الإقليمي تعديل العرف العالمي ؟

إن محكمة العدل الدولية فصلت في الموضوع في قضية " حق المرور " على النحو الذي رأيناه (ينبغي أن يتقدم العمل الخاص على القواعد العامة) . ولقد استند البعض على هذا الحكم للقول بأن العرف الإقليمي يستطيع تعديل وإلغاء العرف العالمي(1). فهل تتفق الخلاصة التي وصلنا إليها من ذلك .

في الحقيقة ، لاتثار مسألة الإقامة (تعديل وإلغاء) - في العرف - إلا إذا سقطت القاعدة الأولى في الإهمال . فإذا كان الأمر كذلك ، فإن القاعدة العالمية الساقطة في الإهمال تكون عرضة للتعديل و الاستبدال من طرف العرف الإقليمي . أما قبل ذلك فلا يصح ذلك بسبب الحجية العامة التي تتوفر عليها الأعراف العالمية . وبسبب العمومية العريضة التي ساهمت في قيامها .

وخلاصة القول أن الأعراف الإقليمية غير صالحة لإثارة قاعدة " الخاص يقيد العام " . ومن ثم فإن الأعراف الأولى تكون تابعة للثانية ، أو هي تخصيص لها على حد تعبير البعض(2). وإذا ما وجدت حالة إفتراضية تعارضت فيها قاعدة ضيقة السمعة مع قاعدة واسعة السمعة ، فإن الأولى تسمى بالقاعدة الخاصة ، وتسمى الثانية بالقاعدة العامة .

هذا ما يقضي على الخلط في المصطلح ، والخلط في تطبيق قاعدة " الخاص يقيد العام " . وهو ما يبدو موافقا تماما لمقتضى المادتين (52) و(103) من ميثاق الأمم المتحدة .

---

(1) - DEVISSCHER (ch) , Les effectivites de drcit international ,cit , page : 69 ?

(2) - منهم " شارل دو فيشر " و" جورج بونار " راجع في ذلك :

- BENAR (G) , les sources de droit international, la coutume : application et execution , cit , P : 1o .

الفصل الثاني

العرف في العمل الدولي

من المتفق عليه فقها وقضاء ، أن الإتفاقيات الدولية لاتكفي وحدها لتسيير العلاقات الدولية . إذ لابد من وجود مصدر ، أو مصادر تحمل معها هذا العبء . وتماشيا مع ذلك ، نجد كلا من اتفاقية لاهاي لعام 1907 المتعلقة بإنشاء محكمة الغنائم ، ونظام محكمة العدل الدولية ، ينصان على المعاهدة وإلى جانبها العرف .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن المعاهدة تثير عدة إشكاليات يتم حلها عن العرف ، كتحديد أهلية إبرامها ، ومصدر قوتها الإلزامية[1]. كما أن تفسير وتنفيذ المعاهدات يتم طبقا للقواعد العرفية .

ففيما يخص التنفيذ فإننا نجد قاعدة " التنفيذ بحسن نية "مدعوة في جميع المعاهدات[2] ونفس الشيء بالنسبة لتفسير المعاهدة ؛ حيث نجد قواعد التفسير بحسن نية ، إعمال النص ، تفسير المعاهدة وفقا للمعنى العادي للكلمات وضمن موضوع المعاهدة ، والإستعانة بكافة النصوص القريبة منها ؛ تكون ـ هذه القواعد ـ مدعوة في كل مرة[3].

تعتبر هذه المكانة دليلا على إتساع دور العرف . إذ بالإضافة إلى كونه مصدرا مستقلا للقانون الدولي ، فإنه يساهم في حسم المشاكل المطروحة بصدد المصادر الأخرى . بل أن العمل الدولي لايخلو من الإشارة إليه ، كلما ثار مشكل تطبيق القانون الدولي [4] .

يثير موضوع العرف في العمل الدولي عدة تساؤلات نذكر منها :

1 ـ ما هو مركز العرف بين مختلف المصادر ؟

2 ـ كيف يتم سريان القاعدة العرفية ؟

3 ـ كيف يتم الإحتجاج بها ؟

تشكل هذه التساؤلات عناوين مباحث هذا الفصل على النحو الآتي .

---

(1) _ Marek (K) , contribution à l'etude de Jus _ cogens en droit international , Mélanges Guggenheim, Genève , tribune 1968, P:433.

(2) ـ وهو ما أشارت إليه المادة (26) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .

(3) ـ راجع في ذلك المادتين (31)و(32) من نفس الإتفاقية لعام 1969 .

(4) ـ محمد السعيد الدقاق ـ المرجع السابق ـ ص 143 .

المبحث الأول

مكانة العرف بين مختلف المصادر .

تنص المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية على مايلي :

" 1 - تقوم المحكمة بالفصل في الخلافات المطروحة أمامها ، طبقا للقانون الدولي وتطبق في ذلك :

أ - الإتفاقيات الدولية ، سواء كانت عامة أو خاصة ، بحيث تتضمن قواعد تعترف بها الدول المتنازعة صراحة .

ب - العرف الدولي باعتباره دليلا للعمل العام المقبول بمفته قانونا .

ج - المبادئ العامة للقانون المعترف بها من طرف الأمم المتحضرة .

د - الأحكام القضائية وفقه فقهاء القانون الدولي الفطاحلة لمختلف الأمم، باعتبارها وسائل مساعدة لتحديد قواعد القانون الدولي ، دون الإخلال بالمادة (59) من النظام .

2 - لايمس هذا الحكم بحرية المحكمة في الفصل طبقا لقواعد العدل والإنصاف " ex aequo et bono " إذا رضي الأطراف بذلك ."

تحدد الفقرة الأولى من هذه المادة المصادر التي يمكن للمحكمة الإستناد عليها في إصدار أحكامها ، وهي : المعاهدة ، العرف ، المبادئ العامة للقانون ، الأحكام القضائية والفقه الراجح . فهل تكفي هذه المصادر لحسم النزاعات الدولية الشائكة والمتشعبة ؟ بل هل تكفي لمقل قواعد القانون الدولي الجديد ؟

مما لاشك فيه ، أن المصادر المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة ليست قادرة استيعاب المنازعات الدولية ، وإيجاد الحلول المناسبة لها . دليلنا في ذلك ، الفقرة الثانية من نفس المادة ، التي تتكلم عن قواعد العدل والإنصاف ، والتي تعني إمداد القاضي بسلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحل

للقضية المعروضة أمامه ، رغم تمتعه بهذه السلطة عندما يعود إلى العرف والمبادئ العامة للقانون .

وبعبارة أخرى ، فإن المادة (38) من النظام اعتبرت العرف والمعاهدة والمبادئ العامة مصادر أصلية ، والأحكام القضائية[1] والفقه الراجح مصادر مساعدة ، وقواعد الإنصاف مصادر إحتياطية . وكأن واضعي النظام يؤكدون عدم كفاية هذه المصادر لحل الخلافات الدولية ، من هذه الصياغة حيث حاولوا إمداد القاضي بكافة العناصر المساهمة في حل القضايا المعروضة أمامه ، بما في ذلك السلطة التقديرية في ظروف معينة .

إذا كانت هذه المصادر غير كافية لحل النزاعات الدولية فمن باب أولى أنها لا تستطيع صياغة وصقل قواعد القانون الدولي الجديد ، القانون الذي يأخذ بعين الإعتبار مصالح جميع الدول كما يعتقد البعض . حيث جاء على لسان القاضي الدولي السيد " فؤاد عمون " ، في رأيه الملحق بحكم محكمة العدل الدولية . في قضية " برشلونة تراكشن " مايلي :[2]

" يوجد إتجاه فقهي ملحوظ ، يعكس مظاهر الحياة الدولية الجديدة ، يذهب لصالح منح قرارات ، وبالخصوص توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، صفة المصدر . تضاف إلى المصادر المذكورة في المادة (38) من نظام المحكمة . " ويذكر القاضي السالف الذكر بعض أنصار هذا الإتجاه وهم السادة " محمد سامي عبد الحميد " و" لاش " و" فلاك "و" بيشوطا " .

والجدير بالملاحظة أن القاضي الجزائري السيد محمد بجاوي ، يساند هذا الإتجاه . حيث يقول :[3]

" لاتكفي المصادر التقليدية للقانون الدولي ، أي العرف والمعاهدة والمبادئ العامة للقانون ... لتحقيق التحولات المطلوبة للقانون الدولي" ويدعو من

---

(1) ـ تشمل الأحكام القضائية أحكام المحاكم الدولية ومحاكم التحكيم ، طبقا لعمل القضاء . أنظر على سبيل المثال أحكام المحكمة الدائمة في قضية سيليزيا العليا البولونية ، قضية جامعة المجر ، وانظر أحكام محكمة العدل الدولية في القضايا الآتية : فوسفاط المغرب ، برشلونة تراكشن .

(2 _ FOUAD _ Ammoun , op. cit. CIJ recueil , affaire Barcelon Traction 1970 p. 302.

(3) ـ محمد بجاوي ـ من أجل نظام إقتصادي دولي جديد ـ المشار إليه . ص 169/171 .

جهة أخرى ، إلى تدخل قرارات المنظمات الدولية إلى جانب المصادر التقليدية.
وتبعا لهذه الحقيقة ، فإننا نضيف تصرفات المنظمات الدولية إلى المصادر التقليدية . ونقوم بدراسة مكانة العرف بالنسبة لها ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول : العرف والمعاهدة .

تواجهنا نقطتان في هذا المطلب . أما الأولى ، فإنها تتعلق بمركز كل من العرف والمعاهدة بالنسبة للآخر . وأما الثانية، فإنها تتعلق بالعلاقة بينهما ، وذلك على الشكل الآتي :

الفرع الأول : مركز كل من العرف والمعاهدة بالنسبة للآخر .

تتعلق هذه النقطة بترتيب المصادر بصورة عامة ، وبهذين المصدرين بصورة خاصة .. إنه مشكل التدرج .. فمتى يطرح هذا المشكل ؟

إن المادة (7) من الإتفاقية (12) من إتفاقيات لاهاي لعام 1907 المتعلقة بإنشاء محكمة الغنائم ، اعتبرت التدرج بين المصادر مطروحا على بساط البحث منذ أول وهلة . ولذلك عمدت الى نظام له . بقولها :(1)

" ... فإن المحكمة تطبق هذه الإتفاقية ، وعند الإقتضاء ، تطبق قواعد القانون الدولي (العرف) . فإذا لم تجد القواعد المعروفة ، تطبق المبادئ العامة للقانون وقواعد الإنصاف . "

معنى هذا ، أن المادة المذكورة وضعت نظاما تدرجيا للمصادر . حيث وضعت الإتفاقية في المرتبة الأولى ، والعرف في المرتبة الثانية ، والمبادئ العامة للقانون في المرتبة الثالثة .

إذا كان هذا هو وضع الإتفاقية السالفة الذكر . فما هو موقف المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية ، ونظام المحكمة الدائمة للعدل الدولية السابقة ؟

---

(1) _ نقلا عن: MATEESCO (N) , La coutime source de Droit international; ... cit ; P: 290 .

ليس في المادة (38) ولا في مواد النظام مايفيد التدرج • إذ أن كلمة تطبق " applique " الواردة فيها ، لاتوحي بذلك • وهذا ما استقر عليه الرأي الراجح في الفقه الدولي ومن بين الذين يقولون به مايلي :
الأستاذ " شارل روسو " والأستاذ " لويس لوفير " و "موريس بوركان " و " جورج سال " و " بورشار إيدوان " • وعلى حد تعبير هذا الأخير : فإن تصنيف المادة (38) إنما هو تصنيف أكاديمي (1).

وفي الحقيقة ، فإن عبارة " في نظام تدرجي " كانت واردة في مشروع المادة ، ولكنها حذفت باقتراح السيدين " Root " و " FROMAGEOT " أمام إحدى اللجان الفرعية ، من اللجنة الثالثة ، المكلفة بإعداد نظام المحكمة الدائمة سنة 1920 • وتم تبني هذا الإقتراح باعتباره مستمدا من فكرة تقضي بأن نشاط القاضي ، لايبقى محصورا في علاقات ضيقة ، وأنه يستعمل ما يراه مناسبا ، دون أن يهتم كثيرا بالقواعد المكتوبة (2) .

إذا كان هذا هو وضع المادة (38) من النظام ، فما هو موقف الفقه من مسألة التدرج ؟

يمكننا ملاحظة عدة إتجاهات فقهية • منها ما يقرر أسبقية الإتفاق على العرف • وهو الإتجاه الذي يناصره دعاة المدرسة الإرادية (3) ، لأنهم يعتقدون بأن التعبير الصريح يسبق التعبير الضمني (العرف) • وحيثما وجد حكم إتفاقي ينبغي الرجوع إليه ، وإن وجد حكم عرفي •

بينما يرى آخرون : بأن العرف هو الذي يحتل المرتبة الأولى ، نظرا لكون معظم قواعد القانون الدولي ذات أصل عرفي • ونظرًا لكون القواعد الإتفاقية تخضع في حياتها وجودا وعدما ، للقواعد العرفية (4).

بينما يوجد إتجاه ثالث ، يقرر المساواة بين هذين المصدرين ، نظرا

---

(1) — Bourquin (M) , Droit international de la paix , R.C.A.D.I. 1931, I , t: 35 ; Bordeaux, Cadoret, 1932, P: 78.

(2) — Sorensen (M) , Les sources de Droit internationale, cit , P: 236.

(3) — Voir BENAQ (G) , les sources de droit international , J.C.DI , Fasc 13 O cit , P: 10.11 .

(4) — أنظر محمد عزيز شكري — المدخل للقانون الدولي العام — القاهرة — دار الكتاب — 1968 — ص54 • وعصام صادق رمضان — المعاهدات غير المتكافئة — القاهرة — دار النهضة العربية — سنة 1963 — ص 06 .

للتفاعل والتأثير المتبادل بينهما . فالعرف يحدد حياة ومضمون القواعد الاتفاقية ، وتطبيق وتعدد هذه الأخيرة يمكن أن يولّد قواعد عرفية[1] .

وفي الحقيقة ، فإن قاعدة "الخاص يقيد العام " تقف في مواجهة الإتجاه الأول، ويقف الغموض الذي يتسم به العرف، في مواجهة الإتجاه الثاني .بينما يبدو الإتجاه الثالث هو الذي يوفق بين وضوح القاعدة الإتفاقية ، واتساع ميدان العرف على النحو الذي رأيناه . ولذلك نميل إليه.

وبعبارة أخرى، فإن العرف والمعاهدة يقعان في مركز واحد . فإذا كانت المعاهدة تمتاز بالموضوح ،فإن العرف يمتاز بالمرونة . مما يجعلهما متساويين في الرتبة . وهذا يعني أن موضوع التدرج لايطرح بالنسبة لهذين المصدرين ، بل يطرح (يُثار) العلاقة التي تربطهما بالقواعد الآمرة الدولية ، التي لها الأولوية على جميع المصادر الأخرى . وهو مايشير إليه الأستاذ " فيردروس " عندما يتكلم عن بعض المبادئ التي لها صفة الإمتياز عن العرف والمعاهدة[2] .

إذا كان العرف يساوي المعاهدة ، فما العمل حين يجد القاضي نفسه أمام مصدرين يختلف حكمهما في قضية واحدة [3]، كما حدث فعلا في قضية " GROENLAND ORIENTAL " فعندما تطبق المحكمة العرف فإنها تحكم لصالح الدانمارك، وعندما تطبق الأحكام الإتفاقية ، فإنها تحكم لصالح النرويج[4] . ففي هذه الحالة بأي المصدرين يحكم ؟ ولماذا ؟

في هذه الحالة يبدو تدخل القواعد الآمرة الدولية أمرا ضروريا . حيث يكون المصدر الأسلم والأكثر تطابقا معها ، هو المصدر المطبق .

وبتعبير آخر، فإن العرف والمعاهدة يقعان في مركز واحد ، وأن القاضي يختار الدليل الأنسب للقضية المعروضة . وفي حالة تعارض حكميهما فإن الأمر يؤول إلى القواعد الآمرة ؛ فأيهما كان أكثر تطابقا معها، قام القاضي بتطبيقه .

---

(1) _ Sorensen (M) , Les sources De Droit international ,cit ,P. 239

et voir LE FUR La coutume et les principes Généraux de droit comme source de droit international public, paris, RSirey, 1934, P: 370.

(2) _ sorensen (M) , ibid , P :244.245 .

(3) MALLEA (E) , quelques considérations sur la relation entre les principes généraux et la coutume , cit , P :32 et Sorensen , ibid ,P: 249.

(4) _ لجأت المحكمة إلى العرف فقضت لصالح الدانمارك ، أرجع إلى مصنف الأحكام لسنة 1933 أ/ب رقم 53 . ص63 . وجاء في رأي القاضي " VOGT" إنه لو طبقت الإتفاقيات فإنها تحكم لصالح النرويج _ راجع نفس المصنف . ص 111 .

الفرع الثاني : العلاقة المتبادلة بين العرف والمعاهدة .

هناك عدة صور للعلاقة المتبادلة[1] بين العرف والمعاهدة، نذكر منها مايلي :

1 ـ صورة العرف يكمل المعاهدة :[2] حيث يقدم العرف القواعد المناسبة لبعض الحالات الضرورية في الميادين التي لاتوجد فيها قواعد اتفاقية ، أو تكون غير كافية . ومن الأمثلة على ذلك تطبيق قواعد الحصانات الدبلوماسية على تابعي المنظمات الدولية في حالة وجود إتفاقية لاتحدد بدقة القواعد التي تطبق على هؤلاء .

2 ـ صورة المعاهدة تلغي أو تعدل العرف :

تهدف المعاهدة إلى إنشاء مراكز قانونية بين أطرافها . وفي حالة وجود عرف مخالف، فانه يتم تعديله أو الغاؤه ، بفعل الإرادة الصريحة المتجهة إلى إحداث قاعدة جديدة بين أطرافها .

يبدو أن الإتجاه الذي يقول بهذه الفكرة ، ينطلق من قاعدة " اللاحق يلغي السابق " .

يضرب هؤلاء الأمثلة بتصرف فيينا لعام 1815 وبتصرف بروكسل لعام 1890 اللذان ألغيا عرف الإتجار بالرقيق . وإعلان باريس المؤرخ في 16/04/1856 المتعلق بقانون الحرب البحرية ، الذي ألغى القرصنة [3].

3 ـ صورة العرف يعدل أو يلغي المعاهدة :

يحدث أحيانا أن يتوفر عمل مستمر ، تنتج عنه قاعدة عرفية ، في مواجهة قاعدة إتفاقية سابقة . حيث تسقط هذه الأخيرة في الإهمال "LA DESUETUDE" . ومن الأمثلة على على ذلك . القاعدة القاضية بأن غياب إحدى الدول صاحبة حق الإعتراض " الفيتو" عن التصويت ، لايعتبر إستعمالا لهذا الحق . وبالتالي لايعرقل مجلس الأمن لتبني قراراته . وهو ما يشكل تعديلا عرفيا للمادة (3/27) من ميثاق الأمم المتحدة [4].

---

(1) ـ تستعمل ثلاثة معايير عند التنازع : اللاحق يلغي السابق ، الخاص يقيد العام ، تطبيق القاعدة الأكثر وضوحا ـ راجع في ذلك :

_ Bonar(C) , Les Sources de droit international, J.C.D.I. ,1960,FASC 130 cit , P:11.

(2) ـ DEYRUS(S) , Droit des relations internationales, PARIS ,Cujas 1981, P:104.

(3) ـ --GIANNI (C) , La coutume e Droit international, cit, P: 169 .

(4) BENEDETTO (C) , Rôle de l'accord dans le système des nations unies R.C.A.D.I. 1974 II , tome 142, leyde, AW Sijthoff1974,P:211.

هـذا ، وجدير بالذكر أن إمكانيـة تعديل المرنة للأحكام الإتفاقيـة ، لـم تذكر في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 . مـع أن لجنة القانون الدولي كانت قد قبلتها آن تحضير مشـروع الإتفاقيـة . ولعل سبب إبعادها ، هـو محاولة إضفاء نوع من الثبات على الأحكام الإتفاقيـة ، ولو من الناحية الشكليـة فقط . وقد يكون المؤتمـر يعتبر هذه الإمكانيـة من قبيل تحصيـل الحاصل ، ولذلك لـم يخصص لها مادة معينـة في الإتفاقيـة المذكورة .

لـكـن هـل تخضـع جميـع المعاهدات لـهـذا التأثيـر ؟

في الحقيـقـة ، ينبغي التمييـز بين المعاهدات العقدية و المعاهدات الشارعـة ، المعاهدات المتضمنة للقواعد الآمرة ، وغير المتضمنـة لها . فإذا شمل النوعين الأول والثاني بدرجات متفاوتـة ، فإن شموليته للصنف الثالث تبدو مستبعدة نظرا لعلاقتهـا بالنظام العام الدولي .

4 - <u>صورة تحـول القاعدة العرفية إلى قاعدة إتفاقية والعكس :</u>

يرى البعض بأن هناك طريقتان لتحول وإلغاء العرف[1] أما الإلغاء فقد رأيناه[2] ويبقى أن ندرس تحول القاعدة العرفية إلى قاعدة مكتوبة . وعلى حد تعبير هؤلاء فإن هذا النوع يملأ العمل الدولي [3] . ويستدلون لذلك بتحول القاعدة العرفية القاضيـة بعدم سماح سلطان الدولة العثمانيـة ، للسفن الحربية الأجنبيـة ، بالدخول إلى مياه مضيقي " الدردنيل " و " والبوسفور " زمـن السلم ، والتـي أصبحـت تشكل المادة الأولى من اتفاقيـة المضائق ، المؤرخة في 1856/03/30 . والتي تقضـي بما يلي : [4]

" يـعـلـن معالي السلطان ، بأن له القرار الحازم ، في أن يتمسك في المستقبل بالمبدإ الثابت كقاعدة قديمـة لأمبراطوريتـه ، الذي كان بمقتضاه ، يمنع دائما دخول السفن الحربية الأجنبيـة إلى مياه مضيقـي الدردنيل والبوسفور . وأن معاليه لايقبل أية بارجـة حربية أجنبيـة في المضيقين المذكورين ، مادامت أبواب السلام مفتـوحـة . "

---

(1) - GIANNI (G) , Op- cit , P: 165.

(2) - راجع الصفحـة (76) الفقرة الثانية من هذا البحث .

(3) - GIANNI (G) , ibid , P: 165 .

(4) - GIANNI (G) , ibid , P: 166 .

هل يعني هذا التحول بأن القاعدة العرفية فقدت صفتها ، وانتقلت إلى صف القواعد الاتفاقية ؟ سنرجئ الإجابة عن هذا السؤال إلى الفصل القادم حين نتعرض للمسائل المتفرعة عن التدوين .

أما الوجه المعاكس لهذا الطرح ، فإنه يتمثل في تحول القاعدة الإتفاقية إلى قاعدة عرفية . وهو الإتجاه المقبول فقها وقضاء . وهو ما كرسته المادة (38) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات حيث يتم ذلك بطريق التكرار . ومن الأمثلة عليها القواعد العرفية المتعلقة بالتحكيم ؛ التي ظهرت بفضل إبرام أكثر من (139) إتفاقية وأكثر من (154) شرطا للتحكيم[1].

المطلب الثاني : العرف والمبادئ العامة للقانون .

قبل دراسة العلاقة بين العرف والمبادئ العامة للقانون ، لابد من تحديد ذاتية كل منهما . ولذلك نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : التمييز بين العرف والمبادئ العامة للقانون .

يلتبس ، أحيانا ، على طلبة العلوم القانونية التمييز بين المبادئ العامة للقانون و مبادئ القانون الدولي . ولذلك فإننا نبدأ بتحديد معنى هذين المصطلحين .

يؤخذ من الإتجاه الراجح فقها وقضاء[2]، أن مصدر المبادئ العامة للقانون ، هي الأنظمة القانونية الداخلية ، وأن مصدر مبادئ القانون الدولي ، هو النظام القانوني الدولي . وعلى حد تعبير أحد الأساتذة فإن " مبادئ قانون الشعوب ؛ هي قواعد مقبولة مباشرة من طرف العمل الدولي ، باعتبارها قانونا . في حين أن المبادئ العامة للقانون ، تجد أصلها في اعتراف الدول بها ، في أنظمتها القانونية الداخلية إبتداء ؛ وخاصة القانون المدني ."[3]

---

(1) - MATEESCO(M) , La coutume Source de Droit international, cit, P: 264.

(2) - من الفقهاء نذكر " سورينسون " و " لوفير " ومن الأحكام القضائية نذكر حكمي محكمة العدل الدولية في قضيتي "حق المرور " سنة 1960 و برشلونة تراكشن " راجع خاصة مصنفات الأحكام القضائية في القضيتين الصفحة 23 . و 19 وما بعدهما وذلك على التوالي .

(3) - MALLEA (E) , Op - cit , P: 09.

إن هذا التمييز صائب، لأن المبادئ العامة للقانون، غير متصلة إتصالا مباشرا بالميدان الدولي . وإنما لها علاقة بالقانون بصورة عامة . ومن الأمثلة عليها قواعد الإثبات أمام المحاكم، وقاعدة الإثراء بلاسبب .

أما مبادئ القانون الدولي، فتتعلق مباشرة بالميدان الدولي، كمبدأ حرية أعالي البحار و مبدإ المعاملة بالمثل .

بعد هذا التمييز السريع بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ القانون الدولي، نتعرض لأوجه التفرقة بين العرف والمبادئ العامة للقانون حيث نجد بأن الأول يختلف عن الثاني في عدة نقاط . نذكر منها :

1 - من حيث النشوء، نجد المبادئ العامة تنشأ من التصرفات القانونية الداخلية، تنتقل إلى المستوى الدولي عن طريق ما يسمى بالانتقال(1) " Transposition " . في حين أن العرف يولد ابتداء في المسرح الدولي .

2 - من حيث الزمن كركن في التكوين . بينما يعتبر القدم والإستمرارية مطلوبين في القاعدة العرفية . فإن عنصر الزمن غير مطلوب في المبادئ العامة للقانون . وبعبارة أخرى، فإن القاضي يخضع لعمر السوابق قبل تقرير قيام أوعدم قيام قاعدة عرفية ما . بينما لايهتم بذلك في المبادئ العامة . إذ المهم أن يكون المبدأ موجودا آن دراسة المشكل(2)

3 - من حيث الإثبات . بينما يتم إثبات العرفية باستقراء العمل الدولي للتأكد من توافر أركانها، فإن إثبات المبادئ العامة للقانون يتم بالدراسة المقارنة لمختلف الأنظمة القانونية الداخلية(3)

4 - يشترط في المادة الأولية التي يتشكل منها العرف التطابق والتماثل، أي أن يكون لها نفس المدلول . أما المبادئ العامة، فلايشترط فيها ذلك، بسبب خصوصية كل نظام داخلي، ويقوم القاضي بالتخفيف من تلك الخصوصيات وتهذيبها (4) .

---

(1) - MALLEA (E) , Op - cit ; P:67 .

(2) - MALLEA (E) , ibid , P:68. .

(3) - Borqui (M) , Op - cit , P: 73 et voir Sorensen (M) , les sources du Droit international , cit , P: 150 .

(4) - THIERRY (H) , Droit international public , cit ,P: 133 .

وهكذا، يظهر بجلاء الفرق بين المبادئ العامة للقانون والعرف. وهو ما يسمح لنا بدراسة العلاقة بينهما وذلك على الشكل الآتي.

الفرع الثاني: العلاقة بين العرف والمبادئ العامة للقانون.

ندرس هذه العلاقة من زاويتين. نتساءل في الأولى عن إمكانية تحول المبادئ العامة الى قواعد عرفية. ونتساءل في الثانية، عن إمكانية تحول القاعدة العرفية إلى مبدإ عام.

الفقرة الأولى: هل يمكن لمبدإ عام التحول إلى قاعدة عرفية.

إن المبادئ العامة للقانون، هي مبادئ موجودة في الأنظمة القانونية الداخلية. فهل بإمكانها التحول إلى قاعدة عرفية؟

يجيبنا أحد الأساتذة بمايلي: (1)

"إن المبدأ العام الأكثر استعمالا في النظام الدولي، ينبغي أن يتحول إلى قاعدة عرفية منطقيا."

واضح أن هذا الرأي يربط مسألة التحول بالإستعمال الكثير، الذي يعتبر بدوره ركنا للقاعدة العرفية. وهو ما يعبر عنه الأستاذ "كوستيرز" عضو لجنة القانونيين الإستشارية المكلفة بإعداد نظام المحكمة الدائمة سنة 1920 - بقوله: (2)

"هذا المبدأ العام، الذي يوجد في القانون الداخلي، لايصبح قاعدة من قانون الشعوب إلا بمقتضى العرف الذي يتناول المبدأ المعني"

إذا كان التحول ممكنا فكيف يتم.

يقول الأستاذ "باديفان" مايلي: (3)

"إذا عرف مبدأ ما في المعاهدات أو التشريعات أو العمل الحكومي، في المادة الدولية. فإنه يساعد في تكريس ذلك المبدأ ... ويقترح قاعدة عرفية."

---

(1) - THIERRY (H), OP. cit, P. 135.

(2) - MALLEA (E), Op. cit, P. 10.

(3) - MALLEA (E), ibid, P. 1F.

وبعبارة أخرى، فإن المبادئ العامة للقانون، تتحول إلى قواعد عرفية عن طريق التقنية المادية لتكوين العرف. ويضيف نفس الأستاذ قائلا:

"إنه صحيح بأن الأجهزة الداخلية للدول يمكن أن تعطي ميلاد قاعدة عرفية، وبأن التشريعات الداخلية يمكنها أن تكون أصل قاعدة عرفية. وإنه صحيح أيضا أن المبادئ العامة تثبت بسهولية كقاعدة عرفية بدخولها النظام الدولي." وهذا عكس الإتجاه السوفياتي الذي يرى على لسان "تونكين" (1) بأن المبادئ العامة للقانون تجد أصلها في القانون الدولي، أي أنها تعني مبادئ القانون الدولي، وتنشأ وتتطور بالإتفاق والعرف. ويؤيده في ذلك كل من "لابراديل" و "فيزاللي" (2).

إن هذا الطرح لايتناسب مع النتيجة التي توصلنا إليها عند التمييز بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ القانون الدولي. ولذلك نستبعدها، وتبعا لما سبق، يمكن القول بتحول المبادئ العامة للقانون إلى قواعد عرفية؛ سواء كان ذلك عن طريق الإنتقال "Transnosition" كما يرى "سورينسون" أو عن طريق الإستعارة "L'emprunt" كما يرى "لو فير". (3)؛ على أن يتم ذلك بعد التخفيف من خصوصيات كل نظام داخلي بفضل تدخل القاضي، وأن تتدخل الأجهزة المختصة بالعلاقات الدولية باتباعها، مع توفر إحساس الدول بإلزاميتها. فمتى يتوفر الإحساس بالإلزامية في هذا النوع من القواعد. وبعبارة أخرى، هل تتمتع المبادئ العامة للقانون بالقوة الإلزامية قبل استقرار تحولها إلى قاعدة عرفية.

يذهب نفر من الكتاب إلى تمتع المبادئ العامة للقانون بالقوة الإلزامية، بل أن البعض لايميز بينها وبين العرف (4). بينما يذهب آخرون إلى القول بأن العرف هو مصدر المبادئ العامة للقانون، كما رأينا أعلاه.

---

(1) - ج. ي. تونكين - القانون الدولي العام - ترجمة أحمد رضا - مراجعة عز الدين فودة - الهيئة المصرية للكتاب - 1972 - ص 153.

(2) - MALLEA (E), OP-CIT, P;5. 13. 15.

(3) - Le FUR (L), La Coutume et les principes Généraux de Droit, CIT, P. 368.

(4) - منهم الأستاذ "جاني فريتوار" الذي يسمي المبادئ العامة للقانون بالعرف بالمعنى الواسع. والعرف بالعرف بالمعنى الضيق. ويعتقد بأن الإختلاف بينهما إنما هو اختلاف في النوع وليس في الجنس - للإطلاع على ذلك راجع رسالته المشار إليها سابقا. ص 118. 120. 135.

إن السؤال الذي يواجههؤلاء جميعا، يتمثل في ماهية السبب الذي جعل نظام محكمة العدل الدولية يذكر المبادىء العامة للقانون في فقرة منفصلة (1/38،ج) عن العرف (1/38،ب) ؟

إن الأمر الذي يستدعي الوقوف عنده ، هو عدم وجود موقف واضحة وصريحة فيما يتعلق بإلزامية المبادىء العامة للقانون - فيما تعرضت له بالدراسة - لدى الذين يميزون بينها وبين العرف، على أن هناك إشارات تقرب المبادىء العامة من القواعد المكملة [1] ، أو الأدوات المساعدة في تفسير وتحديد الأحكام الإتفاقية ، أو تصفها بالطبيعة المثالية والمطلقة [2]. وهذا ما يسمح بالإستنتاج الآتي :

إن المبادىء العامة للقانون لا تتمتع بقوة إلزامية واضحة ، بحيث يسمح للعمل الدولي بصقلها في شكل يتلاءم مع متطلبات العلاقات الدولية ، والقانون الدولي بشكل خاص. ولذلك يشترط فيها لكي تتحول إلى قاعدة عرفية التمتع بالركن المعنوي .

الفقرة الثانية : هل يمكن للعرف أن يتحول إلى مبدأ عام ؟

سنتبع خطة التمييز بين الأعراف العامة والأعراف الإقليمية ، في هذه الفقرة، وذلك على النحو الآتي :

1 - الأعراف العامة :

إن هذا الموضوع حديث الطرح على بساط البحث، ولذلك ينبغي التمييز بين :

أ- أثر القاعدة العرفية على الأنظمة القانونية الداخلية ، حيث يشكل ذلك تكريسا لها وتدعيما لحجيتها كقاعدة قانونية ، وبين أثر العنصر المعنوي بالنسبة للقاعدة العرفية التي تتكون طبقا للصيرورة الحديثة - أين يسبق الركن المادي الركن المعنوي في الوجود [3] - على الأنظمة القانونية الداخلية ، حيث يمكن لهذه الآثار أن تتحول إلى مبدإ عام ، باعتراف عدة أنظمة قانونية به ، ولكن ينبغي أن يحدث ذلك قبل أن يتمتع ما يسمى

---

(1) - Thierry (H), OP-CIT ; P.131

(2) - Le Fur (L), OP-CIT , P. 372

(3) - Devisscher (CH), Les effectivetés du droit International Public OP CIT , P. 71 .

بالوجود القانوني للقاعدة العرفية • أي قبل توفر الركن المادي ، طبقا للصيرورة المستحدثة للأعراف الموجهة • وهذا لايعتبر تحولا لقاعدة عرفية إلى مبدأ بمعناه.

ب- تطبيق الأعراف العامة ، وأثر هذه التطبيقات على الأنظمة القانونية الداخلية • فالتطبيق تختص به أجهزة العلاقات الدولية ، بصورة أساسية، أما أثر الأعراف فيبدو واضحا في الأجهزة غير المختصة بالعلاقات الدولية • (الجهازين التشريعي والقضائي) •

إنطلاقا من هتين الملاحظتين نتوصل إلى عدم إمكانية تحول قاعدة عرفية إلى مبدأ عام • وإذا ما وجد عرف عام تم تكريسه في الأنظمة القانونية الداخلية ثم فقد العنصر المعنوي ، أو سقط في الإهمال ، أو تم إلغاؤه بمعاهدة لاحقة أو بعرف لاحق • فإن تلك الآثار لاتصمد • ولنضرب لذلك مثالا بقاعدة الثلاثة أميال كحد للمياه الإقليمية ، والتي كانت قد كرستها الأنظمة القانونية الداخلية لكثير من الدول • فبعد إبرام اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي سنة 1958 واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982 ، تم تعديلها إلى حدود الإثني عشرة ميلا • فهل يمكن القول بوجود مبدإ عام يقضي بثلاثة أميال ؟!

2 - الأعراف الإقليمية :

تبعا للنتيجة التي توصلنا إليها في الفرع الأول من هذا المطلب ، المتمثلة في إمكانية تحول المبادئ العامة إلى قواعد عرفية • فإننا نستطيع القول بإمكانية حدوث ذلك على المستوى الإقليمي منطقيا • لكن هل يصح الطرح العكسي للقضية ؟ أي هل يمكن تحول قاعدة عرفية إقليمية إلى مبدإ عام ؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال لابد من إبداء الملاحظات الآتية :

1 - إذا كان ظهور قواعد عرفية في منطقة معينة ، أو لعدد محدود من الدول[1]، نا
على أثر تحقق الشروط الضرورية لذلك ، ممكنا .

2 - وإذا أمكن للأجهزة التشريعية للعديد من الدول - بما في ذلك الدول الواقعة خارج دائرة الدول المرتبطة بهذه الأعراف - تبني هذه القواعد العرفية الإقليمية .

3 - فإنه يمكن تحول الأعراف الإقليمية إلى مبدإ عام ، بوجود التطابق بين الأنظمة القانونية الداخلية للدول . وتكون هذه المبادئ في مرحلة ما قبل العرف ، ولاينقصها سوى الإحساس بالإلزامية ، لتصبح قاعدة عامة . فإذا وجد عرف إقليمي في إفريقيا يقضي باحترام الحدود الموروثة عند الإستقلال (وهو الواقع) ، ثم قامت برلمانات إفريقيا بالتركيز عليها في علاقاتها مع برلمانات الدول الأخرى ، حتى تم قبولها ، وإيرادبنود خاصة بها في تشريعات هذه الأخيرة . فإنها تتحول إلى مبدإ عام . ريثما تتوفر لها الظروف لتصبح قاعدة عرفية عامة .

المطلب الثالث : العرف والقضاء .

تتحدد العلاقة بين العرف والقضاء في صورتين : الأولى يكون فيها القضاء مطبقا للعرف ، والثانية يكون فيها مساهما في تكوين القاعدة العرفية . ذلك ما سنتعرض له في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : القضاء كمطبق للعرف .

إن المهمة الأساسية للقضاء هي الفصل في المنازعات الدولية ، طبقا للقانون الدولي العام وانطلاقا من المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . ولقد جاء في حكم المحكمة التحكيمية الأنجلو أمريكية سنة 1923[2] مايلي :

---

(1) - راجع ذلك الصفحة (65) وما بعدها من هذا البحث .
(2) - قضية -EASTERNE EXTENSION AUSTRALIA AND CHINE LTD.

"إن مهمة القضاء هي الفصل في المنازعات، بالإعتماد على الأحكام الصريحة أو المبادئ العامة عند الإقتضاء ".(1)

لو أردنا تفسير هذا المقطع، لوجدناه يتضمن مدلول المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . حيث تستند المحكمة على الأحكام الصريحة (المعاهدات) والأحكام غير الصريحة (العرف، والمبادئ العامة للقانون) .

والملاحظ أن سلطة القاضي التقديرية تكون مقيدة في الصنف الأول، نظرا لصراحة الأحكام . وتكون حرة في الصنف الثاني، نظرا لغموض وعمومية قواعده . وبعبارة أخرى، فإن دور القاضي في الصنف الأول يكون شبه آلي، حيث يطبق ما هو موجود . أما في الصنف الثاني، فإن التطبيق الآلي يكون أقل احتمالا، بمعنى أن تطبيق العرف بهذه الطريقة غير مستبعد، ولكنه ليس الغالب في علاقة القاضي بالعرف .

إذا استعرضنا نشاط المحاكم، فإننا نجد مجال التطبيق الآلي ضئيلا . وهكذا يمكننا أن نشير إلى حكم المحكمة الدائمة في قضية " وانبليدون " الذي أعلنت فيه بأن قناة " كييل " هي قناة دولية تخضع لحرية المرور دون الإخلال بحياد ألمانيا . وفي قضية " مافروماتيس " أثارت المحكمة قواعد تفسير المعاهدات وطبقتها .(2) ومن عمل محكمة العدل الدولية نذكر القضايا الآتية :

حق الملجأ (1950)، الجرف القاري (1969)، الاختصاص في مادة المصائد(1974) حيث طبقت قاعدة نسبية آثار المعاهدات.(3) وفي رأيها الإستشاري، حول تفسير معاهدة السلام بين الحلفاء وبلغاريا والمجر ورومانيا في 1950/07/18، طبقت قواعد تفسير المعاهدات.(4) فما سبب هذا الإنحصار ؟

(1-0) Rousseau (CH), Principes de droit International Public, R.C.A.D.I. 1958.I T: 93 ,Leyde AW SIJTHOF 1958 , P: 383 .

(2-0) SORENSEN (M), Principes de droit International Public , CIT, P: 96-98

(3)-- CIJ , Recueil des Arrêts , affaire droit de passage, p.274, 277 et Affaire du plateau continentale 1969 .EISEMANE (P.M.), petit manuel de la jurisprudence de la C.I.J ., 3e EDITION 1988, Cit, PAGE 137 et affaire des Pécheries 1974, EISENMANE (PM), IBID, 151

(4) -CIJ, receuil des arrêts, 1950, P: 227 228

يعود السبب في ذلك إلى عنصرين :

1 - طبيعة العرف التي تتسم بالمرونة والغموض، وهو ما يشكل المادة الخصبة لقيام الجدل حتى حول وجوده ، ناهيك عن تفسيره وتطبيقه على الحالة المعروضة .

2 - طبيعة مهمة و هدف القاضي . فمهمته تتسم بالسعة والشمول ؛ حيث أسندت إليه المادة (36) من نظام محكمة العدل الدولية ، جميع المسائل ذات الطبيعة القانونية . أما هدفه فيتمثل في إيجاد الحلول للقضايا المعروضة أمامه . وأمام هذا الموقف، فإنه يلجأ إلى التفسير أحيانا ، ويميل إلى الانشاء أحيانا أخرى . وفي ذلك يقول أحد الكتاب :(1)

"عندما تعرض حالة واقعية على القاضي ، فإنه يحاول الفصل فيها ، ولا يهمه أن يكون أساس حكمه قاعدة قانونية ، أو إعتبارات حرة . إنه لايقصد سوى العلاقات القانونية بين الأطراف المتنازعة .

إن نشاطه ينصب على هذه العلاقات ، وليس على صياغة قاعدة تطبق في المستقبل"

وخلاصة القول أن دور القاضي في حالة التطبيق تكون شبه آلي . حيث يستند على القاعدة المناسبة دون إحداث تغيير فيها . أي أنه يأخذها على علتها .

لكن هل تسمح خصوصيات العرف بهذا التطبيق ؟ وكيف يوفق القاضي بين غموض العرف ومرونته وهذه الآلية ؟ كيف يوفق بين عمومية القاعدة العرفية وخصوصية الحالة المعروضة ؟

تحيلنا هذه الأسئلة إلى دراسة الإجتهاد القضائي باعتباره طريقة يساهم بها القاضي في تكوين القواعد العرفية .

---

(1) - SORENSEN (M) , Les sources de Droit international , cit , P;156

الفرع الثاني : القضاء كمساهم في بلورة القواعد العرفية .

يذهب الأستاذ " شارل دو فيشر " إلى أن المحاكم لاتفرض أحكامها (على الغير) باعتبارها قرارات، ولكن باعتبارها أعرافا ، عندما تتأكد بطريقة مستمرة وكافية . ولذلك ينبغي أن لاننظر إلى القضاء الدولي كمصدر مستقل للقانون الدولي بمعزل عن العرف.[1] " ويؤكد الأستاذ " كوبلماناس " دور القاضي الهام في تكوين القانون العرفي بقوله :[2]

" إن القضاء منشئ للعرف في غاية الجودة " ويعلل الأستاذ " سورينسون " ذلك بالأسباب الآتية :[3]

1 ـ الطبيعة اللامركزية لتكوين العرف، وما تثيره من الشك وعدم التحديد . وما يترتب على ذلك من حرية تقدير القاضي .

2 ـ نسبية آثار الأحكام ، ذلك أن القاضي وإن لم ينشئ القاعدة عن طريق حكمه . فإنه يقترحها للوجود .[4]

مما لاشك فيه أن القاضي يتمتع بهذا الدور الحاسم . لكن كيف يتم ذلك ؟

لايمكن الحديث عن دور القضاء المنشئ للعرف إلا من خلال تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في تكييف وتمييز واستعمال الحيثيات . خاصة عندما يجد نفسه أمام قواعد عامة أو غامضة أو غير كاملة أو غير مستقرة . ففي هذه الحالات يجد القاضي نفسه مائلا إلى الخلط بين تطبيق القانون وإنشائه . الأمر الذي يسميه البعض بالمزج بين القانون والنظام الشرعي الأمثل .[5]

وبطبيعة الحال تتوفر تلك الصفات في العرف . ولذلك يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة ، مما أدى إلى وضعه في مركز " المفتي " Prêteur ".[6] ولقد علق المندوب الفرنسي إلى مؤتمر فيينا سنة 1969 بشأن إبرام إتفاقية قانون المعاهدات ، على ذلك بقوله :

---

(1) - SORENSEN (M) , Les Sources de DROIT international , cit ,P: 153.

(2) - voir SORENSEN (M) , ibid , P: 153 .

(3) - voir SORENSEN (M) , ibid , P: 154 .

(4) - DEHAUSSY (J) , Traveaux de la commission de droit international des nations unies , A.F.D.I 1956 ; PARIS , C.N.R.S , 1957; P: 592 .

(5) - QUADRI (R) , Cours général de droit international public , cit, P:133.

(6) - EDWIN (B) , La théorie et les sources de Droit international , Traduit par Mr BIAUJEAUD , PARIS Recueil Sirey 1934 (mélanges GENY , 1934) page : 357 .

"إن غموض النصوص يترك للقاضي - أيا كان - حرية واسعة للملاحظة حتى يصبح مشرعا دوليا حقيقيا ." [1]. ولكن المحكمة ردت على هذا الزعم في قضية الإختصاص في مادة المصائد سنة 1974 حيث قالت : [2]

" ... وأن دورها ليس إعلان القانون قبل أن يتم وضعه من طرف المشرع (أعضاء المجتمع الدولي) " . معنى هذا أنه ينبغي عدم التطرف في السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي . لأنها تبقى دائما ضيقة النطاق . لما سبق ولما يأتي من أسباب :

1 - إن القاضي لايمارس إختصاصه في المادة إلا بطلب الأطراف المتنازعة .

2 - إن حجية الأحكام نسبية طبقا للمادة (59) من النظام ؛ التي تنص على أن أحكام المحكمة ليست ملزمة إلا لأطراف النزاع ، وهي الحالة المفروضة فقط .

3 - لو تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتمكن من صياغة نظرية للعرف . لكن وللأسباب السابقة . فإنه لم يستخرجها ، كما يؤكد الأستاذ " شارل دوفيشر " [3]

إذن ماهو دور القاضي المساهم في إرساء القواعد العرفية ؟ أو بالأحرى ، ماهي النماذج التي يساهم بها القاضي في تكوين العرف ؟ ذلك ماسنتعرض له حالا .

الفرع الثالث : طرق مساهمة القاضي في بلورة العرف .

نقسم هذا الفرع إلى فقرتين . نتعرض في الأولى لطرق تدخل القاضي ، وفي الثانية ندرس بعض الأمثلة من عمل القضاء .

الفقرة الأولى : طرق تدخل القاضي في بلورة العرف .

هناك طريقتان يساهم بهما القاضي في إثراء العرف : الإستنتاج والصياغة .

1 - استنتاج العرف :

يقوم بهذه المهمة عن طريق البحوث التي يقدمها القاضي للحكم على وجود قاعدة عرفية معينة . حيث يقوم بدراسة توافر أركانها ، خاصة الركن المعنوي ؛ الذي يضفي على السوابق صفة القاعدة القانونية . وهو ما يثير صعوبات كبيرة [4].

---

(1) - Voir CHAUMONT (ch) , Cours général de droit international , cit , P :373 .

(2) - EISEMANN (PM) et col. Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ , 3°édition ? paris pédone 1980 , P: 151 .

(3) - Voir THIERRY (H) , OP - cit , P: 107 .

(4) - حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - المشار إليه . ص39

وانظر كذلك :

- THIERRY (H) , ibid., P: 115 .

وهكذا ظهرت عدة أحكام تتناول شروط الركن المادي : الإستمرار ، التماثل القدم ...إلخ .كما وجدت أحكام أخرى تستبعد وجود قاعدة عرفية لانعدام الركن المعنوي . ويتعلق هذا الموضوع بالإثبات . الذي نفرز له بندا خاصا في مكان لاحق[1].

2 - صياغة وتكوين العرف :

يقول الأستاذ " سورينسون " : " لايقتصر الدور الخلاق (للقاضي) على تنفيذ القاعدة المجردة ، ولكن تفسير ونقص القواعد المجردة ، يجعلان القاضي في موقع لايجد فيه قاعدة يطبقها على الحالة المعروضة ، مما يدفعه للبحث في مكان آخر عن الأسس الضرورية لقراره[2] أو حكمه " وفي هذه الحالة يستطيع الإستعانة بالسوابق القضائية ، وبالتكرار يكون الطريق ممهدا لتكوين قاعدة عرفية في المستقبل[3] .

الملاحظ أن القاضي ينقاد في حيثياه إلى صياغة مجردة للقاعدة المعنية ، وهذا ما يثير عدة انعكاسات ، حيث يمكن لأشخاص القانون الدولي الموجة إليها . وهكذا حتى تتحصل الصياغة "المقترحة " على القبول العام . والملاحظ كذلك ، أن الصياغة المجردة أكثر تحوز على قبول أكبر، كما يعتقد البعض[4]. وهو الصحيح لأن مثل هذه الصياغة تمتاز بالمرونة ، بحيث ترى الدول بأنها تخدم مصالحها ، مما يدفعها إلى التمسك بها أو الإعتراف بها .

لكن هذه الصياغة العامة والمجردة، تحتاج مرة أخرى لتدخل القاضي عند التطبيق . وهكذا يساهم في تكوين العرف عن طريق السوابق .

الفقرة الثانية : أمثلة من عمل القضاء .

إن هذا الحيز الصغير لايكفي للتعمق في الموضوع، ولذلك فإننا لانتكلم عن نشاط محاكم التحكيم . ونكتفي بالإشارة إلى بعض النماذج من عمل المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومحكمة العدل الدولية .

---

(1) - راجع في ذلك الصفحة (121) من هذا البحث .

(2) - SORENSEN (M) , Les Sources de droit international ,cit ,P: 155 .

(3) - ROUSSEAU (ch) , Principes de droit international public, cit ,P: 477 et voir EDWIN (B) , Op - cit , P: 350 .

(4) - THIERRY (H) , Op - cit , P : 116.

1 - المحكمة الدائمة للعدل الدولية :

رغم أن المادة (38/1هـ) جعلت الأحكام القضائية ، سواء كانت صادرة من المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم ، وسائل مساعدة للقاضي . فإننا نجد المحكمة الدائمة اعتمدت على سوابقها . وترتب على ذلك ظهور قواعد عرفية .

وهكذا عمدت منذ البداية إلى إثبات اختصاصها قبل دراسة القضية المعروضة أمامها من الناحية الموضوعية . والملاحظ أن محكمة العدل الدولية التزمت بهذه القاعدة . كما يؤخذ من عمل المحكمة تساوي الأحكام القضائية والآراء الإستشارية من حيث الإعتماد عليها في حيثياتها (1).

إن هذه المساواة ، هي التي تبرر إعتماد المحكمة على آرائها الإستشارية في إصدار أحكامها (قضية سيليزيا العليا البولونية مثلا) وهو ما استمر العمل به على صعيد المحكمة الجديدة .

إن اعتماد المحكمة الدائمة على سوابقها ، تفيد قيام قاعدة عرفية مفادها أن أحكامها لاتتناقض . ولذلك نجدها توضح مواطن الإختلاف في القضايا التي تبدو متشابهة ، والتي تأخذ أحكاما مختلفة . وهكذا نجدها تعلن في قضية " Chorzow " بأن " الحكم رقم (05) لايمكن أن يذكر لتدعيم تفسير حكم إتفاقي بالمعنى الضيق "(2).

إن هذه الثقة في النفس جعلت المحكمة تعلن في الكثير من القضايا عبارة " طبقا للسوابق الثابتة " لتعلن حكمها أو رأيها في الموضوع .

وهكذا ظهرت قاعدة " حرية الأطراف في تعديل خلاصاتهم حتى أثناء الإجراء الشفوي " وقاعدة " إنتهاء أجل تقديم الوثائق الجديدة بانتهاء الإجراء الكتابي (3) "

هذا ، وقامت المحكمة الدائمة بتكريس وتوضيح قواعد عرفية أخرى نذكر منها إعطاء المرتبة الثانية للأعمال التحضيرية والإطلاع على نية الأطراف المتعاقدة في تفسير المعاهدات . كما فعلت في عدة قضايا منها قضيتي " موسول" و"مافروماتيس" .

---

(1) - SORENSEN (M) , Les Sources de Droit international ,cit , pages : 166--169 .

(2) - SORENSEN (M) , ibid , P: 167.

(3) - SORENSEN (M) , ibid , P: 172 .

كما قدمت خدمة كبيرة لصالح نظرية العرف، خاصة في حكمها الصادر في قضية " لوتيس " حيث تكلمت عن دور الإمتناع في تكوين القاعدة العرفية . وقالت بأنه يمكن أن يساهم في التكوين إذا كان متأتٍ من الإحساس بإلزامية الإمتناع .

الملاحظ أن القواعد التي ساهمت في بلورتها تبدو قليلة الأهمية ، بالمقارنة مع وضع القانون الدولي الحالي . لكن هذا لاينفي دورها الإنشائي ؛ الذي أعطينا لمحة عنه . فهل للتطورات الكمية والكيفية التي عرفها المجتمع الدولي ، في المرحلة اللاحقة للحرب العالمية الثانية ، تأثير على خليفتها ؟

2 - محكمة العدل الدولية :

بعد تجربة المحكمة الدائمة ، تأكد الدور الإنشائي لمحكمة العدل الدولية حيث دخلت ، في الفترة اللاحقة للحرب العالمية الثانية ، ما يمكن أن نسميه بمرحلة تطوير القانون الدولي . وبعبارة أخرى ، فإن مهمة التطوير لم تعد قاصرة على عملية التدوين -كما سنرى- وإنما شاركت فيه المحكمة بصورة عملية وفي وقت مبكر ، بالنظر إلى النتائج التجديدية التي جاءت على أثر التدوين .

إن أول عمل قضائي يثير الإهتمام ، هو الرأي الإستشاري المتعلق بقضية " الكونت بيرنادوط " الصادر في 1949/04/11 . حيث أعلنت فيه وجود الحماية الوظيفية ، التي تقوم على أساس التبعية الوظيفية ، وليس على أساس الجنسية كما كان معروفا في الحماية الدبلوماسية . وهذا يعتبر تجديدا واضحا في قواعد القانون الدولى المعاصر .

لم يقتصر دور المحكمة في هذا الرأي على ذلك ، وإنما خطا خطوة أكثر إيجابية ، فيما يخص الشخصية الدولية للمنظمات الدولية . حيث تم الإعتراف للمنظمات الدولية بالشخصية الوظيفية . وترتب على ذلك تمتع المنظمة بحق المطالبة بالتعويض . وبذلك وضعت (المحكمة) حدا للخلاف الفقهي حول هذا الموضوع ، مما فتح المجال أمام الباحثين لدراسة الشخصية القانونية للكيانات الأخرى التي يعرفها المسرح الدولي وذلك على النحو الذي رأيناه في الفصل الأول .

أما في رأيها الإستشاري الصادر في 1951/05/28 المتعلق بالوقاية من جرائم الإبادة . فقد تناولت موضوعا شائكا يتمثل في " التحفظ على المعاهدات متعددة الأطراف " . واعتبرته غير مقبول إذا كان لايتلاءم مع موضوع وهدف الإتفاقية[1].

إن هذه النتيجة تعتبر تعديلا واضحا للقاعدة التقليدية ، التي تعتبر التحفظ عملا سياديا ؛ تتمتع الدول بكامل السيادة والحرية في إبدائه . ولقد استندت المحكمة على عدة حجج نذكر منها : نظرية وحدة المعاهدة متعددة الأطراف ، حيث قالت على الخصوص :

"... ولا يمكن لمتعاقد هدم هدف وسبب وجود المعاهدة ... بهذا المفهوم يرتبط مفهوم وحدة الإتفاقية ... "[2]. كما استندت إلى المقاصد الإنسانية للاتفاقية[3].

رغم أننا نجد - في بداية هذا الرأي - إشارة مفادها أن المحكمة تجيب فقط على التحفظ حول هذه الإتفاقية (منع الإبادة) . فإن العمل الدولي ، وخاصة لجنة القانون الدولي ، أخذت هذا الرأي بعين الإعتبار . ونجده يشكل المادة (19) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 .

إذا انتقلنا إلى الأحكام القضائية ، فإننا نذكر في البداية حكمها في قضية المصائد بين النرويج وبريطانيا في 1951/12/18 . حيث عرّفت البحر الإقليمي باعتباره جزءا من الماء لاحق باليابسة ، وحددت قواعد تعيينه[4]. وهكذا قالت بأن خط الأساس يتحدد بجزر البحر وليس بمدّه أو بمعدل المد والجزر . ويتم تحديده ، طبقا لحكم المحكمة ، باتباع قاعدة الخطوط الموازية للساحل ، أو عن طريق الخطوط المستقيمة ، أو عن طريق خطوط التماس المنحنية " la courbe tangente " وهذا ما تم إيراده في المادتين (3 و 4) من اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة لعام 1958 . وأعيد تكريسه في المادتين (5و7) من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 .

---

(1) - CIJ ; Recueil des arrêts et avis consultatifs, 1951 , P. 26 .

(2) - CIJ , Recueil des arrêts et avis consultatifs ,1951, P. 21 .

(3) - CIJ , Recueil , ibid , P. 23 .

(4) - CIJ , ibid , P. 128 - 129 .

وفي قضية حق المرور بين الهند والبرتغال بتاريخ 1960/04/12 ، ميزت المحكمة بوضوح بين المرور المدني والمرور العسكري ،فقررت وجود قاعدة عرفية فيما يخص الأول ، وعدم وجود قاعدة المرور العسكري . كما قدمت خدمة لايستهان بها لصالح نظرية العرف،حين قررت بأن العمل المستمر بين دولتين باعتباره مقبولا لتسيير علاقاتهما على أساس ملزم ، يشكل قاعدة عرفية . واستغربت الإدعاء بتعدد الدول كشرط لقيام القاعدة العرفية (1).

وفي قضية الجرف القاري لبحر الشمال بين ألمانيا من جهة ، والدانمارك والبلدان المنخفضة من جهة ثانية . أعلنت في حكمها بتاريخ 1969/02/20 بأن مرور فترة قصيرة من الزمن على التصرف لايشكل عائقا في ذاته لقيام قاعدة عرفية (2). وهو هنا يعدل القاعدة التقليدية التي كانت تتطلب القدم في التصرف.

هذا وقد طبقت مبدأ الإنصاف لضمان حسن تطبيق الأبعاد المتساوية في تحديد البحر الإقليمي ، للوصول إلى نتيجة معقولة على حد تعبيرها . كما وضعت " مشروع قاعدة عرفية " تقضي بأن الجرف القاري لكل دولة يتكون من الإمتداد الطبيعي لإقليمها ، وينبغي أن لايتعدى على ما هو إمتداد طبيعي لدولة أخرى (3).

كانت تلك بعض العينات من الدور الإنشائي للقضاء في مادة العرف، أوردناها على عجل ، لأن المقام لايتسع للدراسة التفصيلية .

---

(1) = - CIJ , Recueil des arrêts 1960 , P : 39 .

(2) _ - EISEMANN (PM) et col. Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ_ 3° édition cit , P: 139 .

(3) _ - EISEMANN (PM) et col , ibid , P: 140 .

المطلب الرابع : العرف وتصرفات المنظمات الدولية .

يمكن تصور دور المنظمات الدولية في خدمة القانون الدولي من زاويتين (1) : في الأولى تكون كاشفة ، وفي الثانية منشئة للقواعد العرفية .ولكن ذلك كله يقتضي دراسة الشروط الضرورية في التصرف ليتسنى له القيام بهذه المهمة .

الفرع الأول : التصرفات الكاشفة عن الأعراف الدولية .

يفترض هذا النوع من التصرفات وجود تصرفات أو أعمال سابقة ، فتأتي لتكشف عنها في مرحلة لاحقة . ويضرب الإتجاه المؤيد لهذا الطرح المثال بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 1946/12/11 ، الذي كشف عن قرار جمعية العصبة الصادر في 1927/09/24 ، الذي يصف حرب الإعتداء بأنها جريمة دولية ، مع أن اتفاقيات لاهاي لعامي 1899و 1907 وتصرف باريس لعام 1928 لم تضف عليه هذه الصفة . وطبقا للقاعدة العامة " لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص "فإنه يتعذر على الحلفاء معاقبة " مجرمي الحرب العالمية الثانية .

لقد تأكد ما جاء في قرار جمعية العصبة ، بإعلان لندن في 1945/08/08، وقرار الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة السالف الذكر ، من حيث النص ومن حيث الدول المصوتة ؛ خاصة وأن عدد الدول التي أصبحت تشكل المجموعة الدولية قد ازداد . وبالتالي فإن القرار المعني أصبح يتمتع بسمة عالمية . وبناء على ذلك يصل الأستاذ " جيرو " إلى القول :

" وللخلاصة نقول بأن القرار المؤرخ في 1946/12/11 يشكل اعترافا بالقيمة العالمية لمبادئ " نورنبورغ " كمبادئ عرفية "(2).

هذا ، وكشفت تصرفات منظمة الأمم المتحدة عن مبدأ " حق الشعوب في تقرير المصير . هذا المبدأ الذي يقول عنه بعض الباحثين بأنه وجد أثناء الحرب التحريرية الأمريكية(3)، مع أننا نعتقد بأن الإسلام هو الأول إلى ذلك إنطلاقا من مقصده الأساسي الذي يسعى إلى إقامة العدل ونبذ الظلم والوصاية على الشعوب.

---

(1) — GIRAUD (E) , Droit international public et Politique , cit , P : 738.

(2) — GIRAUD (E) , ibid , P : 743 .

(3) — AMMOUN (F) , Op-diss, CIJ Recueil des arrêts et avis consultatifs , affaire Barcelona Traction ; 1970 P: 311 .

وعلى أية حال، فإن المبدأ شاع قبل صدور القرار 1514 سنة 1960 .

إنطلاقا من هذا التحليل نصل إلى القول بأن تصرفات المنظمات الدولية ، لاتكشف فقط عن تصرفاتها ، ولكن تكشف كذلك ، عن تصرفات أشخاص القانون الدولي ككل . أي أنها لاتكشف فقط عن القواعد العرفية التي ساهمت هي في بلورتها ، وإنما تكشف كذلك القواعد التي ساهم الأشخاص الآخرون في إرسائها .

الفرع الثاني : التصرفات المنشئة للأعراف الدولية .

على عكس التصرفات السابقة ، هناك تصرفات أخرى لها طبيعة إنشائية للقواعد العرفية . لكن كيف يتم ذلك ؟

تقوم هذه التصرفات بتقديم ما يشبه إقتراح قاعدة عرفية معينة ، بتوفير الركن المعنوي لها . ويبقى تأكيد العمل لقدرة هذه القرارات على التحول إلى قواعد عرفية [1]، عن طريق النفاذ . وهذا مايصطلح عليه البعض باسم العرف الموجه [2].

إن الكتاب المناصرون لهذا الإتجاه يبدون نوعا من التحفظ . حيث يشيرون إلى أن هذه التصرفات لاتشكل بذواتها قواعد عرفية ، ولكنها تعتبر عناصر للصيرورة العرفية . وعليه فإن الدراسة لاتنصب عليها باعتبارها قواعد قانونية ، ولكنها كحوافل لضوابط في طور النشوء [3] . ومن الأمثلة على ذلك نظام الأفضليات المعمم دون المعاملة بالمثل لصالح البلدان النامية ، الذي جاء في المادة (17) من قرار الجمعية العامة رقم (3281) المتعلق بميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية . فإذا ما تأكدت هذه القاعدة من الناحية العملية ، بتصرفات الأشخاص الدولية ، فإنها تصبح قاعدة عرفية . لكن هل تساهم جميع تصرفات المنظمات الدولية في إنشاء القواعد العرفية ؟

إن الأسلوب الموجه لتكوين القاعدة العرفية ، يفترض وجود عنصر الإلزام فيها . ولاينقصها سوى العمل لتتحول إلى قاعدة عرفية .. لكن تصرفات المنظمات

---

(1) _ أنظر محمد بجاوي _ المرجع السابق _ ص 250 _ 252 . وراجع كذلك "جيرو" المرجع السابق _ ص 744 . بل أن " CASTANIDA " يعتقد بأن التفسير الموسع بمثابة المصدر للعرف _ راجع ذلك في دروسه تحت عنوان :

- Valeur juridique des résolutions des nations unies ,cit,P:277 .

(2) _ منهم الأستاذ محمد السعيد الدقاق _ المرجع السابق _ ص 146 .

(3) _ - THIERRY (H) , Droit international Public cit ,P: 121.

المنظمات الدولية ليست ملزمة بجميع أصنافها [1]. إنما يوجد الملزم قانونا وغير الملزم . ولذلك يمكننا إستخلاص ما يلي :

إن القرارات الملزمة هي التي يصلح عليها إسم القرارات المساهمة في تكوين العرف الموجه، وذلك عن طريق اقتراح القاعدة ، مع توفير ركن الإلزام . أي أنه لاينقصها سوى العمل لتصبح قاعدة عرفية .

أما القرارات غير الملزمة ، فإنها تساهم في تكوين العرف عن طريق الصيرورة التقليدية .

معنى هذا أن تصرفات المنظمات الدولية تساهم في إثراء العرف عبر صيرورتين : الصيرورة التقليدية التي تقتضي تكرار التصرف، وتمتعه بالتالي بالركن المعنوي . والصيرورة الجديدة التي تساهم بدورها في تكوين العرف الموجه ، حيث يقترح تصرف المنظمة قاعدة ما ، ويوفر لها الركن المعنوي مسبقا، ويبقى تأكيد العمل لها فقط لتصبح قاعدة عرفية .

لكن ماهي الشروط المطلوبة في التصرف ليحدث هذه النتيجة ؟

الفرع الثالث : الشروط المطلوبة في التصرف ليساهم في تكوين العرف .

يذكر الكتاب جملة من الشروط نأخذ منها ما يلي :

1 - ينبغي أن يشكل القرار "ضوابط أو قواعد" يمكنها أن تنشيء قاعدة قانونية [2]. وعليه فإن القرارات الداعية إلى اتباع سياسة معينة تقع خارج هذا الإطار . لكن ماهو معيار التفرقة بين التصرفات القانونية والتصرفات السياسية ؟ إن تصفية الإستعمار مثلا ، هي قضية سياسية قانونية . فهل ينبغي إبعادها ؟! في علم القانون الدولي يصعب التمييز بين السياسة والقانون ، نظرا للتفاعل الموجود بينهما . ولذلك كان الأجدر أن يكون هذا الشرط متمثلا في : التعبير عن إنشغال المجتمع الدولي ، كتصفية الإستعمار والحد من الأسلحة النووية .

---

(1) - نشير بهذا الصدد الى وجود خلاف كبير حول التصرفات الملزمة والتصرفات غير الملزمة ، واذ أن المقام لايسمح لنا بالدخول فيه فاننا نقول بأن التصرفات الصادرة طبقا لأحكام الميثاق ، أو أنها تصور عدم احترامها بخرق الميثاق ، ملزمة . وأن غيرها ليس ملزما .

(2) - GIRAUD (E) , Op - cit , P; 734 - 738 . et voir THIERRY(H) , Op - cit , P: 122 - 123 .

2 ـ ينبغي أن يكون مضمون القرار عاما ومجردا ..أي أن لايكون متنا ولا لأطراف معينة بذواتها . وهذا شرط مقبول، باعتبار أن العمومية والتجريد شرطا القاعدة القانونية بصورة عامة .

3 ـ ينبغي أن يتم التصويت بأغلبية ساحقة (2/3) . لكن هل تكفي هذه النسبة ؟ يعتقد الأستاذ "جيرو" بأنها لاتكفي، إلا إذا تضمنت القوى العظمى [1].

إن رائحة القوة بارزة في هذا القول . ومما لاشك فيه أنها مستمدة من قاعدة التصويت بمجلس الأمن (حق الفيتو) مع اختلاف بسيط ؛ فبينما حق الإعتراض في مجلس الأمن هو حق قانوني، فإن حق الإعتراض في الجمعية العامة هو حق واقعي .

إن هذا الرأي يخالف مبدأ المساواة في السيادة، ويرفضه الذوق القانوني السليم . بل يعتبر عائقا لإستخدام الأغلبية التلقائية لصالح البلدان النامية . ولذلك فإننا نقف إلى جانب الأغلبية العددية (2/3) دون إضافة أية صفة .

4 ـ ينبغي أن يكون التصويت تعبيرا عن إرادة حقيقية للدول . أي أن لايكون التصويت لأمور مناسبية، أو عرضية، أو لتفادي متاعب قد يثيرها إستمرار النقاش في موضوع القرار .

يستفاد هذا التعبير من لهجة القرار، صيغته، تكراره، إمكانية تطبيقه .

5 ـ ينبغي أن يتعلق الأمر بمجموعة قرارات متظافرة ومتقاربة [2] توحي بأنها تشير إلى قاعدة مماثلة أو مطابقة .. أي أن يعاد ذكر مضمون القرار في عدة مناسبات [3] . وهذا ما حدث لتصفية الإستعمار .

6 ـ ينبغي أن يتوفر العمل المكرس للقاعدة المبينة في القرار، ليخرجها من عالم الفكر إلى عالم الواقع الملموس .ولذلك يقال بأن القرارات تمهد لإنشاء العرف أكثر من إنشائه .وهكذا يبدو التكرار مهما بالنسبة للصيرورتين التقليدية والجديدة .فيما يتعلق بالتصرفات المنشئة للعرف الدولي .

---

(1) ـ GIRAUD (E) , Op - cit , P: 735

(2) ـ THIERRY (H) , Op - cit , P : 123 , et voir GIRAUD (E) ibid,P:745.

(3) ـ يضرب الأستاذ "كاستانيدا" مثالا على ذلك بقاعدة الأمن الجماعي التي نتجت بفعل التصرفات المتعددة الصادرة من مجلس الأمن والجمعية العامة ومواقف الدول . راجع في ذلك في درسه تحت عنوان :

- Valeur juridique des Résolutions des nations unies ,cit, P: 280.281 .

المبحث الثاني

سريان القاعدة العرفية .

علمنا من المبحث الأول إلى أن المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية لاتفرض نظاما تدرجيا للمصادر ، بل تركت الحرية للقاضي في اختيار المصدر الأنسب للقضية المعروضة عليه .ولقد تبين لنا من تلك الدراسة ، أن التفاعل بين العرف ومختلف المصادر الأخرى تفاعل أكيد. مما يجعلنا نعتقد بأن مختلف المصادر تنصب في العرف . فالقضاء يجد فيه الوسيلة لفرض أحكامه على الغير . كما تجد الإتفاقية فيه قواعد إبرامها وتنفيذها وتفسيرها . والمبادئ العامة تجد فيه وسيلة الرقي إلى صف القواعد القانونية الدولية . وتجد فيه قرارات المنظمات الدولية وسيلة لصياغة قواعد ملزمة رغم أحكام الميثاق (التصرفات غير الملزمة) من جهة ، والإسراع في إمداد القانون الدولي بالقواعد القانونية ، عن طريق العرف الموجه من جهة ثانية . ولذلك يمكننا القول بأن العرف هو المصدر الذي يشكل المنبع الذي لاينفذ والمصب الذي لايطفح .

إذا كان العرف على هذه الأهمية ، فكيف يتم سريان القاعدة العرفية ؟ وما هي معايير سريانها ؟ وما هي حدود هذا السريان ؟ ذلك ماسنحاول الإجابة عنه في المطالب الآتية .

المطلب الأول : معنى سريان القاعدة العرفية .

ليس من السهل تحديد معنى السريان . ولذلك فإننا سنحاول إقامة مقارنة بينه وبين المصطلحات التي قد تبدو قريبة منه ، لكي نحدد المعنى العام لهذه الكلمة .

إن أول كلمة تواجهنا هي التكرار أو الإستمرارية . وتبعا لما سبق في الفصل الأول ، فإن التكرار واستمرارية السلوك يعني تعدد الحالات التي شهد فيها العمل الدولي تطبيقات متماثلة . فهل يعني ذلك السريان ؟

في الحقيقة لايمكن الإجابة لا بالسلب ولا بالإيجاب ؛ لأنه ينبغي التمييز بين سريان سلوك معين (خالٍ من صفات القاعدة القانونية)، وبين سريان القاعدة القانونية التي من بينها القاعدة العرفية .. أي ينبغي التمييز بين السريان المادي للسلوك المجرد من أية قيمة قانونية ، وبين السريان القانوني ؛ الذي يقتصر فقط على القاعدة القانونية . فبينما يكون الأول عديم الحجية . يكون الثاني متمتعا بها ويحتج به في مواجهة التصرفات الأخرى . فهل يستطيع التكرار مواجهة الغير ؟.. أو بالأحرى هل التكرار حجة على الغير ؟

من المتفق عليه فقها وقضاء .. أن التكرار لايتمتع بأية حجية قانونية [1]، والمجاملة مثال على ذلك . وعليه فإننا نستبعد التماثل بينه وبين السريان .

أما الكلمة الثانية التي ندرسها فهي " التطبيق" فهل ينطبق السريان على التطبيق ؟ أي هل يتطابق سريان القاعدة مع تطبيقها ؟

في حالة الإجابة بنعم ، فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة ملازمة ، تقضي بأن القاعدة غير المدعوة للتطبيق تكون غير سارية ، وبالتالي عديمة الحجية . ولا أحد من الكتاب يوافق على هذا . باعتبار أن قيام القاعدة العرفية لاتشتمل على شرط التطبيق ، ولأن هذا الأخير يستدعي وجود ملابسة . فلا يمكن استدعاء قاعدة الإثني عشرة ميلاً بصدد تحديد الحدود البرية .. إن صح التعبير . إذ لكل قاعدة مناسبتها .

إذا كان التطابق الكلي مستبعدا . فهل يمكن أن تكون هناك علاقة جزئية بين السريان والتطبيق ؟

إن احتمال كون السريان جزءا من التطبيق غير ممكن لاستحالة تطبيق قاعدة غير سارية . أما احتمال كون التطبيق جزءا من السريان ، أي أن القاعدة تكون موجودة وسارية (متمتعة بحجيتها) ولكنها في حالة انتظار المناسبة التي تستدعيها للتدخل . فهو ممكن ومقبول ، باعتبار أن التطبيق ناتج عن السريان ؛

---

(1) ـ راجع في ذلك رسالتي " سورينسون " و" جاني قريقوار" المشار إليهما سابقا ـ ص 108.111 و 120 على التوالي .

والقاعدة غير السارية لايحتمل تطبيقها • وتبعا لذلك يكون السريان - أي استمرار حكم القاعدة بعدم ظهور قاعدة مخالفة لها - دليلا على قبول القاعدة المعنية(1). وعليه يكون معنى السريان متمثلا في وجود القاعدة في حالة إنتظار وترصد للحالة التي تستدعيها (2) • فإذا كانت القواعد المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية كحرمة المباني مثلا ، لاتجد حالة تستدعي تطبيقها ، فهذا لايعني أنها سقطت في الإهمال • فالسريان إذن هو عدم الإحتجاج على القاعدة العرفية • وإذا كان الأمر كذلك فما هي معايير هذا السريان ؟

المطلب الثاني : معايير سريان القاعدة العرفية •

إذا كان السريان يعني تأهب القاعدة واستعدادها للتدخل في المناسبات التي تستدعيها • فما هي المعايير التي تفيد ذلك ؟
خلصنا إلى القول بأن التطبيق يعتبر جزءا من السريان • وبمفهوم المخالفة فإن التطبيق وحده لايكفي ، بل ينبغي أن تكون القاعدة مشروعة ، وتوفر الشرعية يعتبر قرينة على إمكانية سريانها ، على أن يتحقق ذلك بتدخل العنصر الشخصي ، أي القبول • وتبعا نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : النفاذ •

يعتبر تطبيق القاعدة العرفية كلما سمحت الفرصة أو المناسبة دليلا على سريانها • ذلك هو النفاذ : نفاذ حكم القاعدة في الحالات التي تستدعيها (3).
حيث يقول الأستاذ " جورج بونار " :
" يكون الضابط في حالة نفاذ ، عندما يرتب آثارا قانونية في مواجهة شخص قانوني " (4). وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية مرارًا ، خاصة في قضيتي الجرف القاري سنة 1969 والإختصاص في مادة المصائد سنة 1974 • حيث رفضت إمتداد أثر المواد (1و2و3) من اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة المجاورة إلى الغير •

---

(1) - GIANI (G) , LA COUTUME EN DROIT INTERNATIONAL, Cit P:125

(2) - ذهب الأستاذ " بونار " إلى ماهو قريب من هذا ، حين قرر بأن النفاذ هو التقاء جميع العناصر الجوهرية للعرف • راجع في ذلك :
-LA COUTUME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL, J.C.D.I.1960 FASC 13C Cit, P: 4

(3) - SORENSEN (MAX), LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL, Cit P:102

(4) - BENAR (G) LA COUTUME. IBIB, P:3

ورغم ذلك فإن تلك الأحكام سارية في مواجهة المعنيين بها . فالمادة السادسة من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي وإن لم تسر على ألمانيا لأنها لم تصادق عليها ؛ فهي سارية في مواجهة الأطراف الآخرين (1)

يثور المشكل بصدد سريان القاعدة العرفية في حالة اللجوء إلى عمل يناقض أو يغاير حكم القاعدة . فهل يقلل ذلك من حجيتها ؟

إن اتخاذ موقف مغاير لحكم القاعدة العرفية يعني بكل بساطة وجود عمل في مواجهتها ، الأمر الذي قد يؤدي إلى ما يسميه الأستاذ "ش . دوفيشر" بأقلمة القاعدة العرفية عن طريق الفعالية المضادة (2)، التي تؤدي إلى الغاء العرف . لكن هل يمكن لعمل خال من الحجية القانونية إلغاء قاعدة قانونية ؟

مما لاشك فيه أن الإجابة بنعم تخالف القاعدة الأصلية في احترام التدرج، وتعتبر في حد ذاتها إهانة للعرف . ولذلك فإن المنطق السليم يقتضي عدم إلغاء القاعدة العرفية بمجرد وجود عمل مخالف . أي تبقى القاعدة سارية حتى يتحول السلوك الجديد إلى قاعدة قانونية ، قادرة على إلغاء القاعدة القديمة . لكن هل يوافق الفقه على ذلك ؟

يرى البعض بأن توجه الدول إلى عمل آخر ، مع ترك القاعدة العرفية ، يعني فقدان هذه الأخيرة لعنصر الإلزام (3).

يعتبر هذا القول خطيرا لنتائجه الوخيمة على القاعدة العرفية ، حيث يعرضها لعدم الإحترام باستمرار . إنه ينزع منها القيمة القانونية . ثم إنه لمن الظلم ترك الإحساس بالإلزامية ؛ الذي يتم الحصول عليه بصعوبة ، لمجرد موقف قد يكون عرضيا . بل أن المحكمة اعتبرت مثل تلك المواقف عبارة عن تمنيات ، عديمة الأثر القانوني ، في قضية الإختصاص في مادة المصائد سنة 1974 (4). ورغم كل ذلك فإن النفاذ ليس معيارا فعالا وأكيدا لتحديد السريان . إنه يؤيد ولا يكذب . بمعنى أنه يشكل عنصرا مهما لتأكيد وجود قاعدة سارية في حالة توافره ، وأن غيابه لا يعتبر قرينة على عدم وجودها . إلا إبتداء من وقت ظهور قاعدة جديدة .

---

(1) رغم أن الحكم يتعلق بالأحكام الإتفاقية فإنه لايوجد مانع لاقتباسه وتطبيقه على الأحكام العرفية . لأن سريان القاعدة القانونية إنما هو سريان واحد .

(2) -DEVISSCHER (CH),DES EFFECTIVITES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC Cit, P:69

(3) -GIANNI (G)OP Cit P : 170.

(4) -EISEMANN (PM).et COL,Petit manuel de la JURIS Prudence, de la CIJ 3° Edition 1980, P:151.

من أمثلة القواعد السارية ، التي لم يكتب لها النفاذ ، قاعدة اعتبار حرب الإعتداء جريمة دولية - كما رأينا - والتي طبقت مرة واحدة في أوروبا وأخرى في آسيا (محكمة نورنبورغ ومحكمة طوكيو) . رغم وجود حالات تستدعي تطبيقها . وجدير بالذكر أنها لم تسقط في الإهمال ، إذ أن المواثيق الدولية تدعمها بتأكيد مبدإ عدم التدخل . ونفس الشيء بالنسبة لقواعد الحصانات الدبلوماسية وغيرها من القواعد التي تبقى سارية ، وان وجد العمل المخالف لها ، طالما لم يتحول إلى قاعدة قانونية دولية .

يمكننا - بهذا الصدد - ذكر بعض الحالات التي خُرقت فيها الحصانات الدبلوماسية . ففي سنة 1967 احتجزت الصين الشعبية أعضاء البعثة الأنجليزية في بكين ، وأجبرتهم على المكوث في المقر ، ثم أطلقت سراحهم فيما بعد[1]. كما أن إيران قامت باحتجاز أعضاء البعثة الدبلوماسية الأمريكية في طهران سنة 1980 . وذلك بعد انتصار الثورة الإسلامية ، بتهمة التجسس . وفي سنة 1984 قامت بريطانيا باحتجاز أعضاء البعثة الدبلوماسية الليبية في لندن بتهمة المشاركة في اغتيال شرطية بريطانية .

لقد تمت هذه الحالات رغم وجود قاعدة الإبعاد " قاعدة الشخص غير المرغوب فيه " التي لم تلجأ اليها هذه الدول إلا فيما بعد . ولذلك فإنه يبدو أن العمل يتجه الى إحداث قاعدة عرفية وسيطة ، تلجأ إليها الدول قبل اللجوء إلى قاعدة الشخص غير المرغوب فيه . وعلى كل حال ، فإننا لا نستطيع إستباق الأحداث للقول بوجود قاعدة عرفية في هذا الإتجاه ، خاصة وأن الحرب الدبلوماسية التي قامت بين القوتين العظميين في شهر أكتوبر من سنة 1986 شهدت تطبيق قاعدة الشخص غير المرغوب فيه . ولكن ومع كل ذلك فإن العمل الدولي يتجه نحو تضييق نطاق الحصانات الدبلوماسية[2] . وقد يكون استبدال قاعدة " الشخص غير المرغوب فيه " أول قاعدة دبلوماسية يمسها التطور . هذا التطور الذي تؤيده عدة مبررات نذكر منها ما يلي :

---

(1) - FRIDMANN (W), de l'éfficacité des institutions internationales, traduit par : SIMONE DRYFUS, PARIS NEOGRAVURE 1970 P : 30.

(2) - يؤيد البعض هذا الإتجاه ويقول : " ...يوجد إتجاه ينادي بتقليل فئة الأشخاص المتمتعين بالإمتيازات وتحديد عدد ومضمون الإمتيازات المسلم بها " أنظر في ذلك :
-CAHIER (PH), LE DROIT DIPLOMATIQUE CONTEMPORAIN , GENEVE INSTITUT UNIVERSITAIRE 1962. P: 184

1- إن الدول التي تقدم على الإحتجاز، لاتطعن في الحصانات في ذاتها ، ولكنها تشك وتحتج حول استعمال هذه الميزة ضد مصلحة وأمن الدولة .

2 - إن الحجز الذي تقوم به الدول، هو حجز مؤقت واستثنائي . لايتم إلا في الحالات القصوى؛ حين يكون هؤلاء يشكلون خطرا على كيانها . خاصة إذا وجدت سابقة تاريخية تؤكد ذلك . كما حدث في إيران . حيث ساهمت وكالة المخابرات المركزية في إعادة الشاه في بداية الخمسينات بعد الإطاحة بنظام مصدّق .

3 - إن الحجز الذي تمارسه بعض الدول، هو حجز مقبول من الناحية النظرية البحتة، لأنه يتم لغاية مشروعة كالإستيلاء على وثائق سرية تحرص الدولة على إخفائها . والتي تكون في حوزة هؤلاء ؛ حيث أنهم يستطيعون نقلها إلى الخارج عن طريق الحقيبة الدبلوماسية ؛ في حالة استعمال مؤسسة " الشخص غير المرغوب فيه " .

ولعل العمل الدولي سيؤكد هذا المنحى في السنوات المقبلة ؛ لفرض التقليل من تدخل الدول العظمى في شؤون البلدان النامية . ومن ثم تقوم قاعدة عرفية انتقالية أو وسيطة ؛ تجد مجال تطبيقها قبل اللجوء إلى الإبعاد . ومما لا شك فيه أن هذا الإتجاه سينعكس على الطبيعة القانونية للتجسس .

وعلى أية حال، فإن الكلمة الختامية تتمثل في أن النفاذ ليس معيارا كافيا لمعرفة سريان القاعدة العرفية . ولذلك ينبغي البحث عن معيار آخر .

الفرع الثاني : الشرعية .

إذا كان النفاذ معيارا يحتاج إلى تدعيم . فهل تستطيع الشرعية مساعدته ؟ تثير الشرعية عدة تساؤلات منها : متى يثار موضوعها ؟ أيثار وقت النشوء أم يثار في مرحلة السريان ؟

تعتبر الشرعية شرطا لازما لحياة القاعدة القانونية في كافة مراحلها . لكن هل يوجد في الحياة الدولية ما يؤيد هذا الإعتقاد ؟ أو بالأحرى ، هل يشمل

الأعراف التي تكونت قبل بلورة وصياغة بعض القواعد التي أصبحت تحدد إطار الشرعية الدولية ؟

لقد تكونت أغلب قواعد القانون الدولي، في عصر كانت فيه القوة تتغلب على الشرعية، وفي وقت كانت القواعد المحددة للشرعية الدولية غير مكرسة. فهل يمكن إثارة الشرعية على القواعد القائمة، أي هل يمكن إلغاء هذه الأعراف بأثر رجعي ؟

يبدو الإلغاء الكلي مستبعدا، لأنه يولد عدة متاعب دولية سياسية وقانونية، حيث تتداخل الحقوق والواجبات الناشئة عن القواعد القديمة والقواعد الجديدة. وتبعا لذلك فإن الإلغاء الجزئي والتدريجي هو الذي يبدو أكثر ملاءمة، حيث يتم عن طريق تكوين قواعد عرفية جديدة مخالفة للأعراف القديمة. وحتى يتحقق الاستبدال الشامل فإن الأعراف القديمة تعتبر فاسدة(1). تسري في المرحلة الإنتقالية إذا لم تكن مخالفة للقواعد الآمرة مخالفة صارخة.

إن الشرعية إذن لاتمس الأعراف التي تتكون بعد صياغة نظرية النظام العام الدولي لأن مثل هذه الأعراف تكون معدومة، نظرًا لكون السوابق المساهمة في تكوينها محظورة.

لقد أخذت فكرة النظام العام مسارها القانوني. وبدأت تتأكد يوما بعد يوم وهي تتطلب - من بين ما تتطلب - أن لاتكون التزامات الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة متعارضة مع الإلتزامات الناجمة من الميثاق (المادة 103). وفي حالة التعارض فإن الأولوية تكون لأحكام الميثاق.

إن الميثاق، وهو يشكل إحدى العناصر المحددة للشرعية الدولية، لاينص على إلغاء الإلتزامات المتعارضة معه. وإنما قرر أولوية أحكامه فقط. ولذلك كان من باب أولى عدم الذهاب إلى القول بإلغاء جميع الأعراف غير المشروعة، مهما كانت درجة عدم التناسب ضعيفة. وهذا ما يدعم تقرير استمرار سريان الأعراف القديمة، في المرحلة الإنتقالية، ريثما تقوم الأحكام العرفية أو الإتفاقية الجديدة.

---

(1) - GAUDEMEI(J), LA COUTUME AU BAS EMPIRE, NAPOLI, LABEO 2ème Edition 1956 P: 154.

وذهب الأستاذ "جاني" إلى ذلك حين أفرغ القواعد العرفية غير العادلة أو غير المشروعة من القوة الإلزامية، وقال بوجوب تفاديها - أنظر رسالته المشار إليها - ص 42.

وبعبارة أخرى، تكون الأعراف الفاسدة، من وجهة نظر الشرعية، سارية سريانا واقعيا، في إنتظار قيام قواعد سارية سريانا قانونيا . وسنوضح ذلك بضرب المثال الآتي :

تشترط المادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة تسجيل المعاهدات التي تبرمها الدول الأعضاء في المنظمة، في الأمانة العامة . وتعلل الفقرة الثانية منها الفائدة من ذلك، بإمكانية الإحتجاج بالمعاهدات المسجلة أمام أجهزة المنظمة . معنى ذلك أن المعاهدة غير المسجلة، لايمكن الإحتجاج بها أمام تلك الأجهزة . ولذلك يمكننا القول بأن مثل هذه المعاهدات تعتبر سارية سريانا واقعيا من وجهة نظر المنظمة . أما المعاهدات المسجلة فهي سارية سريانا قانونيا، وتبعا لذلك يمكن الإحتجاج بها . لكن كيف تكون الشرعية معيارا للسريان ؟

وجدت فكرة الشرعية لخدمة القانون الدولي، وخدمة مصالح كافة الشعوب، الممثلة - في كثير من الحالات - من طرف أشخاص القانون الدولي . كما وجدت فكرة الشرعية، لعرقلة كل سلوك معارض لتقدم وتطور القانون الدولي من جهة، وتأكيد كل سلوك يخدم تطوره وتقدمه من جهة ثانية .

وتبعا لذلك، تكون القاعدة العرفية المشروعة سارية، حتى يثبت عكسها بقيام قاعدة أخرى . وهكذا تكون الشرعية معيارا للسريان . ومع هذا، فهل يمكن الإحتجاج بهذا السريان في مواجهة كافة أشخاص القانون الدولي ؟

إن القاعدة المشروعة لاتتمتع حتما بالحجية العامة . إذ أن ذلك يقتضي موافقة الأشخاص الدولية، هذه الموافقة تشكل عنوان الفرع القادم .

الفرع الثالث : القبول .

يعتبر القبول أو الرضا شرطا أساسيا لتكوين العرف بصورة عامة، وهو مايمكن أن نسميه - بحق - بعدم معارضة السلوك الذي من شأنه المساهمة في تكوين القاعدة المعنية . . إنه الوجه الثاني للعمل العام . ويتكون من تصرفات إجابية ومواقف سلبية[1]، ولا يشترط فيه الإجماع[2]، وهذا يعني أن القاعدة التي

---

(1) راجع في ذلك الصفحة (25) من هذا البحث .

(2) -

-GIRAUD(E) -Op Cit, P : 635 et ROUSSEAU (CH), Principes de Droit International Public, Cit : P : 480.

عارضتها الدولة وقت نشوئها ، لا تكون سارية في مواجهتها . طبقا لما أعلنته محكمة العدل الدولية في قضية المصائد بين النرويج وبريطانيا سنة 1951، حيث قالت[1]: " إن قاعدة العشرة أميال تبدو غير نافذة في مواجهة النرويج ، لأنها كانت دائما ضد كل محاولة لتطبيقها على الساحل النرويجي "

هذا صحيح ، لكننا نريد دراسة القبول ، بعد حصول السلوك على وصف القاعدة العرفية ، أي بعد النشوء . فما المقصود به ؟

إذا كانت المعارضة وقت تكوين العرف تنصب على وقائع مادية ، فإن عدم القبول بعد النشوء ، ينصب على قاعدة قانونية . ولذلك نفضل تسمية عدم قبول قاعدة عرفية بالإحتجاج عليها . والإحتجاج كما يعرفه العديد من الفقهاء هو : " إبداء للإرادة بعدم الإعتراف بشرعية إدعاء معين . أو المجادلة في قيمة وضع معين . "[2] . هذا ولقد قضت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا بما يفيد ذلك . حيث اعتبرت عدم الإحتجاج بمثابة قبول . ففي قضية المصائد السالفة الذكر سمح عدم احتجاج بريطانيا على الطريقة التي اتبعتها النرويج ، بفرض طريقة الخطوط المستقيمة[3]. كما أدى عدم الإحتجاج من طرف " سيام " على الخرائط التي قدمتها فرنسا ، إلى فرضها عليها ، من طرف المحكمة بمقتضى حكمها في قضية " PREAH VIHEAR " سنة 1962 . وهذا ما جعل بعض الكتاب يقولون بأن " كل وضع واقعي مستقر وغير متنازع فيه يتحصل على قيمة قانونية "[4] . وهو قول فيه نوع من التطرف ، لأنه يقوم على اعتبار العمل معيارا لقيام القاعدة العرفية . وهو ما لا يتناسب مع الوجهة التي اتبعناها في هذا البحث ، والتي تعتمد الشرعية كإطار لهذا العمل .

يثير موضوع القبول إذن مسألة في غاية الأهمية ، خاصة وأن المحكمة اعتبرت عدم الإحتجاج (السكوت) قرينة عليه كما رأينا . فكيف يكون ذلك معيارا لسريان العرف . وبتعبير آخر هل تخدم قاعدة " السكوت يعني الرضا " مصالح البلدان النامية ؟

---

(1) -CIJ, Recueil des arrêts et AVIS CONSULTATIFES 1951 ; P : 131

(2) -VENTURINI (GC), LA PORTEE ET LES EFFETS JURIDIQUES DES ATITTUDES ET ACTES UNILATERAUX DES ETATS, R.C.A.D.I. 1964 II.T.112 LYDE;AW SIJTHOFF 1964 P : 433

(3) - CIJ -Recueil 1951 - P : 139

(4) - VENTURINI (GC) - Ibid -P: 393

إن هذه القرينة تشكل عبئا ثقيلا على البلدان النامية • فما هو المخرج؟
إن الدول النامية لم تكن في مركز يسمح لها بإبداء رأيها في الموضوع • وتبعا لذلك، فإنه ينبغي أن تصدر منا من شأنه أن يوضح رأيها في الموضوع ••بعد تمتعها بالقدرة على ذلك • أي ينبغي أن تمطي رأيها صراحة ، وذلك عن طريق إصدار إشعار بذلك « NOTIFICATION » •

إن هذا الرأي لايتناقض مع الأحكام القضائية السابقة • ذلك لأننا لو درسناها بإمعان لوجدنا بأن المحكمة كانت تأخذ مدة السلوك بعين الاعتبار • وهي الفترة التي تتعرف فيها البلدان النامية ، على القواعد المعنية وتفحصها بروية • وريثما يصدر ذلك الإشعار ، فإن القاعدة تكون غير سارية على هذا الصنف من الدول • وبعبارة أخرى ، فإن الإشعار هو وسيلة إبداء القبول ، الذي يعتبر شرطا لسريان العرف على البلدان النامية • وهذا ما عبر عنه البعض عند الحديث في نظرية العرف ككل ـ بالإعتراف بهذه القواعد (1).

المطلب الثالث : شروط سريان القاعدة العرفية •

هناك جملة من العوامل ، ينبغي أن تتوفر لكي تتمتع القاعدة العرفية بهذه الصفة ، وهي :
أن لايشوب قيامها عيب، وأن تكون متأهبة للتطبيق عندما تحين المناسبة ، وأن يشهد العمل الدولي على التمسك بها ، وأن تجد القاعدة ما يؤكد اختصاصها المادي والجغرافي •• سندرس هذه العناصر ليتسنى لنا الحكم عليها بصورة عملية •

الفرع الأول : القيام الصحيح •

يتمحور هذا الفرع حول نقطتين : الشرعية كشرط للتكوين، الصحة التي تبدو ضرورية لتكون القاعدة سارية •
يؤخذ من عمل المحكمة وفقه الكتاب • بأن للتصرفات الإنفرادية أهمية بالنسبة في قيام العرف • فمن الأحكام القضائية نذكر حكمي محكمة العدل الدولية في قضيتي " GREOLAND ORIENTAL" و" HAUTE SELISIE POLONAISE " حيث اعتبرت

---

(1) – VOIR –CAVARE (L) –Droit International Public, Cit, P : 217 et Voir aussi GIANNI (G), Op : Cit : P 133 et SS.

المحكمة تصريحات المسؤولين بمثابة سوابق ساهمت في إقامة قواعد عرفية[1].

ومن آراء القضاة رأي "ألفاريز" الملحق بحكم محكمة العدل الدولية في قضية "حق الملجأ" حيث يقول :

"تحتل التصرفات الإنفرادية مكانة هامة ، وتلعب دورا كبيرا في قانون الشعوب[2]

ويؤيد هذا الإتجاه عدد من الكتاب ، حيث يقولون بأن المصدر الأكثر أهمية لقيام العرف ، هو ما يسمى بالتصرفات الإنفرادية [3]. ويعنون بذلك ، التصرفات الصادرة من تلقاء الدول ، كالإتيان بسلوك معين ، أو الاعتراف به أو تأييده أو إستنكاره...الخ

وبتعبير آخر ، فإن قيام العرف ، يتم في قسط كبير منه على عاتق التصرفات الإنفرادية المتفرقة والموزعة في المكان والزمان ، والتي تتناول موضوعا معينا . حيث يجد القاضي أو الفقيه المادة الأولية التي يمكن أن يصوغ منها قاعدة ما .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه يبدو من العسف ترك الحرية للدول بصورة خاصة والأشخاص الدولية بصورة عامة . لأن ذلك يؤدي حتما إلى تجاوزات على الحقوق وعلى القانون ، وفي هذا الإطار يقول أحد الأساتذة :[4]

" يتم خرق القواعد الآمرة الدولية عن طريق التصرفات الإنفرادية ، أكثر منه عن طريق المعاهدات . إذ لكي تبرم معاهدة مخالفة للقواعد الآمرة ، فإنه ينبغي أن يتوفر حد أدنى من الوقاحة والتهكم ...,[5]. ولذلك وجب تحديد و " تقييد" حرية الدول ، عن طريق فرض البطلان على التصرفات المخالفة لهذه القواعد . وبالتالي غلق الباب أمام تكوين قاعدة عرفية مخالفة للنظام العام كما يضيف الأستاذ نفسه .

---

(1) - CPJI, Recueil des arrêts 1933 A/B, Cit, P : 62 et voir VENTURINI (GC) - Op-Cit , P : 393.

(2) - ALVAREZ (A) Op. DISS, C.I.J Recueil 1950, P : 290.

(3) - CHAUMONT (C.H.) Cours de droit international public, R.C.A.D.I. 1970 - Cit, P : 464 et scelle (G) - Essai sur les sources formelles de D.I. Mel-anges GENY. T III , PARIS recueil SIREY, 1934, P : 422.

(4) - THIERRY (H) OP : Cit, P : 1511.

(5) - يؤيد الأستاذ " ش. شومون" هذا الإتجاه بقوله : " إذا جعلنا التصرف الإنفرادي ضابطا أو تعبيرًا سلطويا ، فإن ذلك يشكل العودة إلى خطيئة القانون التقليدي أي شرعية سلطة القوي . راجع دروسه المشار إليها أعلاه - ص 468.

يفترض موضوع شروط سريان القاعدة العرفية ؛ أنها قامت في غير مخالفة الضوابط الآميرة • وبعبارة أخرى ، فإن موضوع القيام الصحيح للقاعدة ، لايثار من زاوية الشرعية • وإنما من زاوية أخرى ، عبرت عنها محكمة العدل الدولية في عدة قضايا ، نذكر منها قضيتي " حق الملجأ سنة 1950" و" المصائد سنة 1951 " حيث قررت صحة وسريان القاعدة بين الأطراف التي عبرت عن قبولها إياها • ولا تكون صحيحة ولا سارية - بالمفهوم المعاكس - على الدول التي رفضتها ، إذ يعتبر قبول الدول بحكم قاعدة معينة ، شرط صحة لسريانها على تلك الدولة •

تبعا لما سبق ، نستطيع تجزئة القاعدة إلى شطرين - حسب الأطراف - جانب تكون فيه صحيحة وسارية ؛ وآخر لاتكون فيه كذلك وإن وجدت •

نريد في هذه الفقرة إثارة موضوع الإكراه • أيمكن أن يكون ذريعة للتهرب من القاعدة التي قبلتها الدول في السابق ؟

ردا على هذا السؤال يقول الأستاذ " تيبري " ما يلي :(1)

• ••• بأنها قبلت ضمنيا بمقتضى قرينة حقيقية • وأنها (الدول) لاتستطيع التراجع عن موقفها • " أي أن التراجع غير وارد البتة ، ولو تحت غطاء الإكراه ، طالما توجد قرينة القبول • لكن هل يشمل ذلك خضوع البلدان النامية للأعراف القديمة ؟

إن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قبلت إمكانية التذرع بالإكراه للتحلل من الأحكام الاتفاقية(2). لكن يصعب على الدول إثبات ذلك بالنسبة للعرف ، لكونه مستوحى من التصرفات الدولية الإيجابية والسلبية ؛ خاصة وأن العمل القضائي يجعل عدم الإحتجاج قرينة على القبول • ومع ذلك ، فإنه يمكن التمسك بالإكراه في الأحوال التي يمكن إثباتها ، خاصة بالإعتماد على واقع الإستعمار الذي عانت منه الشعوب ؛ ولأنه لا يمكن تصور الإستعمار إلا كوسيلة مثلى للإكراه •

---

(1) - THIERRY (H) OP : Cit , P.E19 .

(2) - راجع المادتين (51) و (52) من الإتفاقية •

يعلق أحد الأساتذة على هذا الواقع بقوله :(1)

"إن المشكل الشائك هو رفض الدول الجديدة الأعراف القديمة . ويبدو أنه يمكن قبول هذه الإمكانية ، طالما أنها لم تكن في وضع يسمح لها بالتعبير عن إرادتها ولو ضمنيا ـ وقت نشوء القاعدة ... "

تبعا لهذا التحليل تقع مقولة الحجية العامة للقواعد العرفية ، في مواجهة البلدان النامية، باطلة ، عكس ما أعتقده البعض(2). وهكذا ، تكون تلك القواعد غير صحيحة ؛ وبالتالي غير سارية في مواجهة البلدان النامية ، ما لم تفرز هذه الأخيرة ما من شأنه يفيد قبولها .

والنتيجة التي نصل اليها تكمن في أن الأعراف العامة هي المقبولة من طرف أغلب الدول ؛ أي تكون محل رضاء شبه إجماعي (3) .مع ملاحظة أن هناك صنفا من الكتاب يرون بأن القواعد الآمرة هي أعراف عامة ، تتمتع بالحجية العامة . فهل سريان مثل هذه القواعد يتطلب القبول ؟

لحد الآن لم يفصح عن حقيقة القواعد الآمرة ، واعترافا منا بحجيتها العامة فإننا نخرجها من الخلاصة التي وصلنا إليها ، ويكون رأينا متعلقا بالتصرفات الإرادية المتفق عليها فقها وقضاء فقط .

<u>الفرع الثاني : القابلية للتطبيق الحال .</u>

يقصد بهذا الشرط ، أن تكون القاعدة جاهزة للتطبيق ؛ بحيث لا تكون مشوبة بعيب في التكوين ، أو بعيب في الصحة ، وأن تكون متأهبة للإستجابة لأية دعوة محتملة .

لايعني هذا الشرط أن تكون القاعدة جاهزة وكأنها فصلت للحالة المعروضة ، لأن ذلك يبدو مستحيلا ، بدليل ما قاله أحد القضاة :

" إن ممارسة الوظيفة القضائية تكشف عن التعقد الكبير للعلاقات الدولية ، التنوع والأهمية غير المشكوك فيها ؛ لوضعيات وسيطة أو فردية بصورة محضة . الأسباب غير السامحة بتطبيق قاعدة عرفية دون تفرقة ..."(4).

---

(1) - THIERRY (H) ,Op-Cit : P : 119

(2) - QUADRI (R), Cours général de droit internationl public, Cit, P :322.

(3) - أنظر على الخصوص :
- GAUDEMEI (J) ,Op-Cit, P :154.

(4) - Voir, GIRAUD (E) -Op Cit, P 644.

إن تطبيق القاعدة على الحالة المعروضة يدخل في الإنصاف أكثر منه في خصوصيات المادة المدعوة للتطبيق . والإنصاف مدعو عند تطبيق القاعدة القانونية بصورة عامة ، سواء كانت عرفية أو اتفاقية .

إن مراعاة ما تقتضيه الحالة المعروضة ، لا يشكل خروجا عن القابلية للتطبيق ، بل يقع في صلبها ، ويوافق تماما الصيرورة العرفية ، التي تعطي القاضي دورا في صياغة وتطبيق وأقلمة هذا الصنف من القواعد القانونية .

وهكذا يبدو شرط الصحة عنصرا أساسيا لقيام شرط القابلية للتطبيق .

ثم ماذا عن الحيز الجغرافي ، أيتدخل للحد من هذه القابلية أم لا ؟

ينبغي التمييز بين الأعراف التي يكون فيها الحيز الجغرافي عاملا مساعدا ، كالحصانات الدبلوماسية . وبين الأعراف التي يكون فيها موضوعا لها .

أما بالنسبة للصنف الأول فلا دخل للحيز الجغرافي ، في الحد من القابلية للتطبيق .

وأما الصنف الثاني فهو محل نظر .

إن قاعدة حصانة المقر يلعب فيها الحيز الجغرافي دورا جوهريا ، عكس قاعدة حصانة المراسلة التي تتم عبر الحيز الجغرافي . ولكي يتضح لنا الأمر أكثر نضرب المثال الآتي :

نفترض أن قاعدة المائتا (200) ميل بحري أصبحت قاعدة لتحديد المياه الإقليمية فهل تسمح الوضعيات الجغرافية لجميع الدول بتبنيها .

مما لا شك فيه ، أن هذا البعد لا يسمح لكثير من الدول باتباعها ، وبالتالي لا يمكن استدعاؤها ، لعدم قابليتها للتطبيق بالنسبة لهذه الدول ، وإن قبلتها .

هذا ، ويثور مشكل تطبيق القاعدة المفترضة ، فإذا تصورنا اعتراف بعض الدول بها . فهل يمكن للدول التي تنكرها أن تعتبر المنطقة الواقعة ما وراء منطقة الإثني عشرة (12) ميلا الثابتة عرفيا ، والمعلن عنها في المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 - من أعالي البحار ؟

طبقا للنظرية التقليدية ، فإن أثر العرف يقتصر على أطرافه فقط . وأنه لا يمتد إلى الغير بدون رضاه . فما العمل في الحالة المعروضة ؟

هناك بعض الأعراف لايمكن وصفها بالأعراف المحدودة الأطراف ، نظرا لموضوعها العام . ولذلك فإن قيامها يستدعي رضا * أغلب أشخاص القانون الدولي المعنيين . وإلا فإن قيام الأعراف الخاصة في ميدان له طبيعة عالمية كالمنطقة القطبية وأعالي البحار يسبب عدة متاعب دولية . كتلك التي وقعت بين الجماهيرية الليبية والولايات المتحدة الأمريكية في خليج " سيرت " .

إن القول بانعدام القابلية للتطبيق لمثل هذه الأعراف ، تعفينا من هذه ا... المتاعب ، وتحقق المساواة في السيادة . وبذلك تكون القابلية للتطبيق شرطا لسريان قاعدة معينة .

وبتعبير آخر ، تتعلق القابلية هذه ، بصيغة القاعدة ومضمونها . فإذا انعدمت في واحد منها إنعدم سريان القاعدة المعنية .

الفرع الثالث : التمسك بالقاعدة .

يشبه التمسك بالقاعدة ، إلى حد كبير ، تكرار السوابق التي تشكل الركن المادي . ولقد استعملت المحكمة عدة عبارات تفيد ذلك ، منها : (1)

العمل المستمر ، القواعد الملحوظة عموما ، القواعد المقبولة عموما ، العمل المستقر ، التقاليد الثابتة ، العمل العام ... إلخ . وتقصد المحكمة عدم وجود انقطاع في إتباع السلوك المعني . لكن ما علاقة هذا بشرط التمسك بالقاعدة القائمة ؟

تكمن العلاقة في الإستطراد أو الإستمرارية . إذ أن تكرار العمل بطريقة ثابتة ، يشبه إلى حد ما ، التمسك بقاعدة ما ، مع الإختلاف في موضوع كل منهما . فبينما يكون تكرار العمل منصبا على موضوع مادي ؛ هي الحوادث . يكون التمسك بالقاعدة العرفية منصبا على قاعدة قانونية . وينتج عن ذلك أن الوقوف عند

---

(1) : كما استعملت عبارات : العمل شبه العالمي ، المبدأ المتبنى عموما ، القواعد المطبقة عموما .. للمزيد من التفاصيل راجع :

-VENTURINI (G.C.), Op-Cit :p:390 et SORENSEN (M),Les sources . Cit, P :102, ainsi que MALLEA (E), Op-Cit -P :54.

الوثائق المادية يتم بالمعارضة، لعرقلة قيام القاعدة. أما الوقوف ضد قاعدة قانونية، فإنه يتم بالإحتجاج، لفرض التخلص والتهرب من حكمها.

إن التمسك بالقاعدة يعني إستدعاؤها كلما سمحت المناسبة. وهذا ما وجدناه عند دراسة التكرار [1]. ولكن التمسك بالقاعدة، بعد قيامها، يبدو أكثر إلحاحا. نظرًا لتواهر الركن المعنوي، ولكون الإحتجاج على القاعدة المعنية يهدد كيانها القانوني؛ عن طريق التمهيد لظهور قاعدة جديدة، بعد الإهمال الذي تتعرض له. وهو ما يسميه "ش. دوفيشر" بأقلمة العرف عن طريق الفعالية المضادة حيث يقول: [2]

"ان الإجراء العام لايستبعد تأقلم القواعد العرفية، عندما تكون هذه الأخيرة مطلوبة، عن طريق إعمال الفعالية المضادة أو المعاكسة، وعندما لاتسمح الظروف بتطبيق القاعدة العرفية العامة ... ويمكن أن يحدث التأقلم بتكوين قاعدة عرفية إقليمية أو خاصة".

لقد قبلت محكمة العدل الدولية هذا المبدأ في عدة قضايا، نذكر منها قضيتي "المصائد 1951" و"حق المرور سنة 1960" [3].

وأخيرا، هل يعتبر التمسك بحذافير القاعدة مطلوبا لسريانها؟

إن تأقلم القاعدة مع الظروف المستجدة، لايعتبر إهمالا للصيغة القديمة، بقدر ما يعتبر تهذيبا لها. وتبعا لذلك، فإن التمسك الحرفي غير وارد ضمن هذا الطرح. ثم إن خاصية المرونة التي يمتاز بها العرف، تعرقل التمسك الحرفي بالقاعدة.

نستخلص مما سبق أن التمسك الذي يكون له الأثر، إنما هو الإحتجاج العملي باتخاذ موقف أو مواقف معاكسة للقاعدة. بحيث يسمح ذلك بقيام قاعدة جديدة تلغي القاعدة القديمة، طبقا لقاعدة "اللاحق يلغي السابق". وتبعا لذلك ينبغي على القاعدة أن لاتكون ساقطة في الإهمال، عن طريق إتخاذ مواقف معاكسة، تهدد كيان القاعدة القديمة، باستحداث قاعدة جديدة مغايرة لها. وبعبارة أخرى، فإن التمسك بالقاعدة. يعني الإحتجاج بها لكي يتم تطبيقها [4]، وعدم قيام قاعدة مخالفة لها عند الإقتضاء.

---

(1) - أنظر الصفحة (53) من هذا البحث وراجع:

- SORENSEN (M),Les sources, Cit = P : 103 et SORENSEN (M) Principes Cit, P : 40.

(2) - DEVISSCHER (CH) , Les effectivitées, cit , P : 69.

(3) - راجع مصنفي أحكام المحكمة لسنتي 1951، 1960، ص 139، 44 على التوالي.

(4) - MERLE (M), L'opinion public, R.C.A.D.I. 1973 I T : 138 LEYDE AW SIJTHOFF. 1973. P : 395.

المطلب الرابع : نطاق سريان القاعدة العرفية .

نطاق سريان القاعدة العرفية ، هو الميدان الذي تتأهب للتدخل فيه . ويقصد بذلك النطاق المكاني والزماني والشخصي :

الفرع الأول : النطاق الجغرافي لسريان القاعدة العرفية .

عندما تعرضنا - في الفصل الأول - للمعيار الجغرافي لتقسيم الأعراف، خلصنا إلى وجود أعراف عامة، ناتجة عن مواقف أغلب الدول[1] وأشخاص القانون الدولي . وأخرى إقليمية تربط عددًا محدودا من الدول، وتماشيا مع هذا التقسيم فإن نطاق الأولى عالمي . ونطاق الثانية محصور بالإقليم الذي نشأت فيه . وبالأشخاص الذين وافقوا عليها [2].

إذا كان الطرح بهذه الصيغة فهل يمكن تطبيق الأعراف الإقليمية على المستوى العالمي ؟

بادئ ذي بدء ، ينبغي تحديد المصطلح . فهل الأعراف الإقليمية مرادفة للأعراف الخاصة ؟

إن الأعراف الخاصة ، غالبا مايكون موضوعها محدودا بالعلاقات الخاصة بين عدد محدود من الأشخاص الدولية [3] كأعضاء المنظمات الدولية . أما الأعراف الإقليمية فهي التي تربط مجموعة من الأشخاص الدولية ، بل أن محكمة العدل الدولية ، قبلت نشوء قاعدة بين دولتين [4].

معنى هذا ، أن الأعراف الخاصة تمتاز بهذه الصفة (الخصوصية) نظرا لطبيعة الموضوع الذي تنظمه ، دون النظر إلى الحيز المكاني . ويضرب البعض المثال عليها بأعراف البحار القطبية ، أعراف البلطيق ، الأعراف في نطاق الإيديولوجية [5].

أما الإقليمية فإنها على صلة كبيرة بالإقليم ، وفيها يطرح مشكل الإمتداد الجغرافي للقاعدة . وهذا يعني وجود فرق بين هذين الصنفين من الأعراف . وهو مايقول عنه الأستاذ " فاتيل " " ... عندما يقوم العرف ... سواء بين جميع بلدان العالم . أو بين دول قارة معينة ... أو بين التي تمارس التجارة معا ..." [6] .

---

(1) - GIRAUD (E) , Op Cit - P ; 635.

(2) - كما أكدت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا منها " حق الملجأ " و" المصايد " .

(3) - SORENSEN (M), Les sources, cit - P : 104.

(4) - كما هو في قضيتي حق الملجأ وحق المرور.

(5) - Voir BENAR, LA COUTUME .JCDI 1960 FASC 13 C, Cit -P : 8

(6) - GIANNI (G), Op Cit, P : 42.

إنطلاقا من كل ماسبق نصل إلى نتيجة مقتضاها : أن الأعراف العامة تطبق على المستوى العالمي، وأن الأعراف الخاصة يمكن أن تطبق على نفس المستوى . أما الأعراف الإقليمية فإنها تمتاز بمجالها الإقليمي المحدود، فهل توجد إمكانية تطبيقها وسريانها ، في حيز جغرافي آخر ؟

بادئ ذي بدء ، ينبغي استبعاد الإتساع الناتج من تحول قاعدة إقليمية إلى قاعدة عامة ، لأن تلك العملية واردة بالحسبان [1] . غير أن ذلك لايتم إلا بقبول الدول والأشخاص الدولية المعنية بها ، وجدير بالذكر، أن هذا القبول يغير من درجة القاعدة ؛ بحيث تصبح عامة ، ومن ثم يسقط احتمال تطبيق القاعدة الإقليمية على المستوى العالمي . وبتعبير أكثر دقة ، لايمكن تطبيق الأعراف الإقليمية على الصعيد العالمي ، طالما أنها غير سارية فيه .

أما الحيز الجغرافي المغاير (غير العالمي)، فإن تطبيق القاعدة الإقليمية فيه ؛ فهو أمر محتمل ، كأن تطبق قاعدة أوروبية في إفريقيا أو أمريكا . وهو ما تم فعلا في قضية " PAQUET HABANA " حيث طبقت المحكمة العليا الأمريكية عرفا نشأ بين فرنسا وبريطانيا ، يقضي بإخراج سفن الصيد من نطاق الغنيمة [2].

في مثل هذه الحالة، يثور سؤال مفاده : كيف يطبق عرف في ميدان لم يكن ساريا فيه؟

إن السريان والتطبيق، في هذه الحالة، يكونان متقاربين . حيث تكون القاعدة بمثابة واقع مادي بالنسبة للإقليم الجديد . وقبول الأطراف الجديدة تطبيقها على النزاع ، هو بمثابة تبني لها وإعطائها دفعا قانونيا ملزما، طالما أنها ملزمة للأطراف المنشئة لها . وطبيعي أن تبني القاعدة يختلف عن إنشائها . ولذلك فإنه لاحرج في تطبيق القاعدة الإقليمية الإفريقية القاضية باحترام الحدود الموروثة عند الإستقلال ، في أمريكا اللاتينية أو آسيا ، إذا قبلت بها البلدان المعنية .

---

(1) - Voir GIANNI (G), Op - Cit : P 131.

(2) - MATEESCO (M) - La coutume source de Droit International Public, Cit ; P 274 - 275.

الفرع الثاني : النطاق الزمني(السلم والحرب) لنسريان القاعدة العرفية

نتناول في هذا الفرع أثر السلم والحرب على سريان الأعراف الدولية .وبعبارة أدق ، هل يؤدي السلم أو الحرب إلى تعطيل الأعراف ؟

تقضي القاعدة العامة ،بوقف سريان المعاهدة، وقت الحرب . فهل تسري هذه القاعدة على الأعراف ؟

نشير في البداية إلى أن هناك نوعين من الأعراف :

الأعراف التي تنظم العلاقات السلمية، كالعلاقات الدبلوماسية والتجارية ، والأعراف التي تتعلق بالحرب كإعلان الحرب ومعاملة الأسرى والجرحى ...الخ .

إن الإجابة عن هذا السؤال ، هي بمثابة الإجابة عن سؤالين متناقضين . أو هما وجها عملة واحدة . فالسلم والحرب هما وجها العلاقات الدولية ، بغض النظر عن الحياد، الذي سنفرز له إجابة خاصة، في هذا الفرع .

ولتكن البداية بأثر السلم على القواعد العرفية المتعلقة بالحرب، وأثر هذه الأخيرة على الأعراف السلمية . وفيها ينبغي التمييز بين نوعين من القواعد :

- القواعد الناتجة من التصرفات الرضائية .
- القواعد المعتبرة بأنها موضوعية أو آمرة .

تمارس الحرب تأثيرها على الصنف الأول، باعتبارها (الحرب) تصرفا رضائيا كذلك . أما بالنسبة للصنف الثاني (القواعد الموضوعية) ، فإنها لاتؤثر عليها ،بل تستمر في السريان بين الدول المتحاربة، والتفرقة العنصرية كتطبيق على ذلك . غير أن بعض الكتاب يعتبرون كل القواعد العرفية، قواعد موضوعية ، وبالتالي فإنها لاتتأثر بالحرب (1).

إن الرد على هؤلاء سهل . يتمثل في أن الواقع والقانون لايؤيدان هذا الإتجاه . ولو كان العرف كما يدّعون ، لما كان لزاما لوجود أعراف للسلم وأخرى للحرب . إن إبقاء سريان القواعد السلمية وقت الحرب والعكس ، هي مسألة يمكن أن نسميها بالإختصاص المادي للقواعد المعنية . فهل يمكن التمسك بالحصانة الدبلوماسية بين المتحاربين في ساحة القتال ؟!

---

(1) - GIANNI (G), Op - Cit, p : 170.

إن وقف العمل بهذا الصنف أو ذاك ، مرده إلى انعدام الظروف المناسبة للتطبيق ، وهو ما يمكن أن ندخله تحت ما عبرت عنه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات باستحالة التنفيذ المؤقتة . والتغير الجوهري للظروف[1]. فإذا أخذنا على سبيل المثال قواعد الحصانة الدبلوماسية . فإن الحرب تقطع العلاقة السلمية بين المتحاربين وبالتالي فلا مكان لإثارتها

إن لكل صنف من القواعد نطاق زمني يطبق فيه . وهذا ما يمكننا أن نسميه بالإختصاص الظرفي ، دون الإخلال بما يمكن أن نسميه بالأعراف الإنتقالية ، كاعلان الحرب الذي يقع في المنطقة الزمنية المخصصة للأعراف السلمية ، وتبادل الأسرى الذي يقع في معظم الحالات في هذه المنطقة كذلك .

هذا بالنسبة للأعراف بصورة عامة ، فما هو الوضع بالنسبة للأعراف المدونة ؟ لقد خصصنا حيزًا خاصا لموضوع التدوين ، في هذا البحث . ولذلك نكتفي بالإشارة إلى أن بعض الكتاب يعتبرون التدوين عملية تغيير في شكل القاعدة العرفية فقط [2]. وهذا يعني بطبيعة الحال ، أن موضوع العرف يبقى هو هو . والقاعدة العرفية هي قاعدة غير مكتوبة . وتبعا لذلك ، فإن الأعراف المدونة تأخذ حكم الأعراف الأخرى . أما إذا احتوت اتفاقية التدوين على أحكام اتفاقية ، فإن الأحكام الجديدة تخضع لأحكام المعاهدات .

بعد أن تعرضنا للسلم والحرب ، يبقى لنا أن ننتقل إلى الحياد . فما هو أثره على الأعراف ؟

في الحياد ، ينبغي أن نفرق بين العلاقة التي تربط الدول المحايدة بالدول المتحاربة ، وبين العلاقة التي تربط الدول المحايدة فيما بينها .

ففي الحالة الأولى ، تلتزم الدول المحايدة بأعراف الحياد ؛ بعدم اتخاذ أي سلوك يخل بوضعها القانوني من الحرب ، كأن تترك الحرية للسفن الحربية لأحدى القوتين المتحاربتين في استعمال مياهها الإقليمية لأغراض عسكرية ، أو تجعل حدودها قواعد خلفية لأحدى القوتين المتحاربتين . ومع ذلك فإنه ينبغي أن ننتبه إلى الممرات الدولية ، حيث أنها لا تخل بالحياد حال مرور السفن المتحاربة منها[3]

(1) ـ راجع المادتين (61) و(62) من الإتفاقية المذكورة . ومناسبة الإستشهاد بها مُبَرَّر من قبل ديباجتها التي تصرح بأنها مدونة للأعراف الدولية .

(2) ـ

- GIANNI (G) , Op . Cit P. 165.

(3) ـ كما رأت المحكمة الدائمة في قضية " وانبليدون" نقلا عن :

- SORENSEN (M), Les sources . Cit , P - 96.

حيث قالت المحكمة الدائمة في قضية "وانبليدون" بأن المرور العسكري لايشكل إخلالا بحياد دولة الضفة وقالت على الخصوص (1):

"إن مزاعم ألمانيا تتناقض مع العمل الدولي المستمر والثابت والمؤكد من طرف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقنوات الدولية الكبرى: قناة بنما وقناة السويس" ثم أعلنت بأن "القواعد القائمة لاتتعلق بعتين القناتين فقط، ولكن تمثل مساواة عامة ... استعمال الممرات الدولية الكبرى من طرف السفن الحربية أو التجارية ... ينبغي أن لايعتبر منافيا لحياد دولة الضفة."

الملاحظ أن المحكمة بدأت بإثبات الطبيعة الدولية للممر، ثم انطلقت لتنفي العلاقة بين المرور ودولة الضفة، ثم قررت عدم تأثر الحياد بهذا المرور.

يشكل الحياد حالة تدعيم للسلم، أو على الأقل، حالة إخماد لنيران الحرب بجعلها ضيقة ومحصورة. وبالتالي فإنه لايوقف الأعراف السلمية، بل يدعمها بالتزامات جديدة، يفرضها الوضع الجديد.

الفرع الثالث: نطاق سريان القاعدة العرفية من حيث الأشخاص.

كانت الدولة هي الكيان الوحيد الذي يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، في القرن الماضي. ولكن التطور الذي حدث، أدى إلى اتساع نطاق الكيانات التي تتمتع بها، بفضل اعتماد معيار الأهلية بدلا من السيادة (2).

تلك حقيقة لاينكرها إلا جاحد، والسؤال المطروح هو:

إذا كان أشخاص القانون الدولي، يساهمون في إقامة القواعد العرفية، فهل تطبق هذه الأخيرة على كافة الأشخاص الآخرين؟ وبعبارة أخرى، هل تسري الأعراف التي ساهمت الدول في بلورتها على المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية؟ وهل يجوز العكس؟

نشير في البداية إلى أن نظام محكمة العدل الدولية، أوصد الباب أمام المنظمات الدولية وحركات التحرير، لكي تكون أطرافا للنزاع أمامها. إذ تنص المادة 1/34 من النظام على ما يلي:

---

1) - نقلا عن: - SORENSEN (M), les sources .Cit, P 96.

2) - للمزيد من التفاصيل راجع المطلب المخصص للأشخاص المساهمة في بلورة الأحكام العرفية. الصفحة (40) وما بعدها من هذا البحث. ومن الكتاب راجع: -QUADRI (R), Cours Général. Cit, P : 384-385

" الدول فقط، هي التي لها صفة الإدعاء أمام المحكمة " .

يتناقض هذا الحكم مع المادة (38/1،ب) التي تقضي بأن تطبق المحكمة الأعراف الدولية باعتبارها دليلا للعمل العام المقبول بصفته قانونا . وكأن المادة المستثنت الأعراف التي تساهم فيها المنظمات الدولية وحركات التحرير من الأعراف الدولية(1) فإن المادة (1/34) تعتبر تخضيصا للمادة (38/1،ب) من غير مخصص، ذلك أن عبارة " الأعراف الدولية " الواردة في هذه الأخيرة تشمل الأعراف العامة وغير العامة .

ولما كانت الكيانات السابقة ، تتمتع بالشخصية الدولية ، فإنها تستطيع المساهمة في تكوين العرف، لكنها لاتجد الطريق إلى المحكمة حال نشوء نزاع حولها ، للأسباب المذكورة أعلاه . وهذا يعني كذلك ، أن هذا الصنف من الأعراف لاتجد طريقها إلى المحكمة للتطبيق القضائي على المنظمات وحركات التحرير ، ناهيك عن التي لم تساهم فيها .

إن السؤال غير مطروح من زاوية الأثر النسبي للأعراف بصورة عامة ، والذي يلعب فيه قبول القاعدة دورا فعالا في تحديد ميدان سريانها . بل أنه مطروح من زاوية عدم كفاية القبول لإحداث القاعدة لآثارها . ومع ذلك فإنه ينبغي التمييز بين ما يمكن أن نسميه بالأعراف الخاصة ، التي تهتم بموضوع لايطرح أمام الكيانات الأخرى ، وبين القواعد التي يمكن أن تطرح أمام الكيانات الأخرى .

إن اتفاقيات المقر ، مثلا ، تطرح أمام المنظمات الدولية وحركات التحرير . كما أن تقديم المنظمات ، بعض الخدمات ، لبعضها الآخر - كما هو بالنسبة لمحكمة العدل الدولية والمنظمات الأخرى (المادة 2/34 من نظامها) - لا يمكن أن تكون موضوعا لقاعدة عرفية بين الدول والمنظمات الدولية ، بل أن المادة (100) من الميثاق تمنع ذلك(2).

وبعبارة مختصرة ، ينبغي التمييز بين الأعراف التي تكون من صلب الإختصاص الشخصي ، وبين الأعراف الأخرى . هذا بالنسبة للأعراف الخاصة . فما هو الوضع بالنسبة للأعراف العامة ؟

---

(1) - رغم أن نية واضعي النظام لم تتجه إلى حرمان المنظمات الدولية من هذا الحق ، كما يؤكد العمل الدولي ذلك . كما يؤكد الأستاذ :

-SORENSEN (M), Principes. Cit, P : 129

(2) - التي تقرر استقلالية المنظمة وعدم خضوع الأمين العام و الموظفين الدوليين لأية جهة خارج المنظمة .

طالما أن هذه الكيانات تتمتع بالشخصية الدولية ، فإنه لايمكن تطبيق الأعراف العامة الرضائية عليها إلا برضاها . إذ لابد من التعبير عن إرادتها لتكون ضمن الدائرة التي تشملها القاعدة المعنية . لكن ما العمل في حالة كون إحدى الدول طرفا في عرف ما، ثم قامت حركة تحرير معينة بقبول حكم هذه القاعدة ، فهل تستطيع هذه الأخيرة التمسك بها في مواجهة الدولة الطرف في تلك القاعدة - علما بأن تلك الدولة لم تعترف بالحركة ؟

تقضي النظرية العامة للعرف، بأنه لايمكن سحب الموافقة أو الإعتراف بالقاعدة بعد صدوره[1]. مما يؤدي إلى القول بتطبيق القاعدة المعنية . لكن كيف يتم ذلك والعلاقات معدومة بين هذين الكيانين ؟!

في هذه الحالة، لايسعفنا سوى القول بأن القاعدة موجودة وسارية . ولكنها غير نافذة . أي أنها تكون في وضع يشبه وضع الأعراف السلمية وقت الحرب، هذا ما يدعمه العمل الدولي : الذي يقضي بعدم تطبيق الأحكام الرضائية بين الأطراف التي تنعدم العلاقة فيما بينها، ذلك لأن تحقيق تطبيق القاعدة بين هذين الطرفين (طبقا للنتيجة النظرية المذكورة أعلاه) يعني توافر قرينة على الإعتراف الضمني بالحركة ، وهو ما لا ترغب فيه تلك الدول .

وخلاصة القول أن الأعراف المتصلة بالاختصاص الشخصي ، لاتطبق على الأشخاص الآخرين أما الأعراف الرضائية الأخرى فيمكن تطبيقها إذا توفرت المناسبة والموافقة ووجود علاقات بين الطرفين . ومن الأمثلة على ذلك تطبيق أحكام الحصانات الدبلوماسية على الموظفين الدوليين ، في حالة عدم وجود نصوص اتفاقية تحددها كما يرى بعض الكتاب[2].

---

(1) - THIERRY (H) Op - Cit, 119.

(2) - انظر في ذلك : الأستاذ محمد السعيد الدقاق - القانون الدولي : المصادر والأشخاص - المشار إليه - ص 165 .

المبحث الثالث

الإحتجاج بالقاعدة العرفية .

لاتحدث القاعدة العرفية السارية آثارها القانونية في مواجهة الأحداث ، إلا بعد التمسك بها ، وإثارتها بصدد القضية المعروضة ، ذلك هو الإحتجاج بالقاعدة العرفية. فما هي شروط وطرق ممارسة الإحتجاج ؟

المطلب الأول : شروط الإحتجاج بالقاعدة العرفية(1)

لكي يحق لطرف ما ، الإحتجاج بقاعدة معينة ، ينبغي أن تكون تلك القاعدة موجودة فعلا ، فإن لم تكن كذلك ، وجب إثباتها . بمعنى أنه ينبغي على الطرف الآخر أن يكون معترفا بالقاعدة التي يحتج بها الغير في مواجهته ، وأن لايكون محتجا أو متحفظا عليها . كما ينبغي أن تكون هناك مناسبة تستدعي التمسك بالقاعدة المعنية . وتبعا لذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : إثبات قيام القاعدة العرفية .

إذا كانت القاعدة العرفية قائمة ، يعترف بها أطراف النزاع . فإن المطالبة بتطبيقها يكفي لتدخلها . أما إذا دار الخلاف والجدل حول وجودها ، فإنه ينبغي إثباتها . لكن على من يقع عبء الإثبات ؟

تقول القاعدة الأصولية العامة " البينة على من ادعى " فهل تطبق هذه القاعدة في هذه الحالة ؟

يرى البعض أن الأطراف يتعاونون مع القاضي في الإثبات(2) فهل يوافق ذلك عمل المحكمة؟

لقد طلبت محكمة العدل الدولية من " كولومبيا " - وهي طرف في قضية حق الملجأ سنة 1950 - إثبات القاعدة المزعومة ، والتي تقضي بأن الدولة المانحة لحق اللجوء السياسي تملك الحرية في تكييف المخالفة ، بصورة إنفرادية(3)

---

(1) - يشترط الأستاذ " أونطوكوليتز" للإحتجاج بالقاعدة العرفية ما يلي :
ا - أن تكون مطبقة باستمرار . ب - أن لاتكون ساقطة في الإهمال . ج - أن تكون محترمة من طرف الدول . د - أن لاتكون متعارضة مع عرف أو معاهدة نافذة .
هـ - أن تكون محترمة للعدالة والإنسانية . راجع في ذلك رسالة "جاني فريقوار" المشار إليها - ص 102 وما بعدها .

(2) - THIERRY (H), Op ; Cit , P 114.

(3) - C.I.J. Recueil 1950, P : 276.

وهذا يعني أن المحكمة طبقت القاعدة الأصولية " البينة على من ادعى " حين كلفت كولومبيا بإثبات القاعدة التي زعمت أنها موجودة .

لكن المحكمة ، سواء القديمة (الدائمة) أو الحالية ، إتخذت مواقف مغايرة للموقف السابق . ففي قضية " لوتيس " عمدت المحكمة الدائمة إلى إثبات العرف بنفسها . وفي قضية " حق المرور" لجأت محكمة العدل الدولية إلى إثبات ذلك لوحدها ، بل أن المحكمة الدائمة اتخذت موقفا مغايرا لموقف المندوب الفرنسي في قضية"لوتيس" المذكورة أعلاه .فبينما كان هذا الأخير يسعى إلى إثبات وجود قاعدة مفادها حق دولة العلم في متابعة المجرم. أثبتت المحكمة الدائمة العكس، بالإستناد على وقائع تقبت حق دولة مكان وقوع آثار الجريمة - وهي تركيا - في المتابعة .

لماذا تلجأ المحكمة أحيانا إلى هذه الطريقة ، وأحيانا أخرى إلى طريقة مخالفة ؟ ما هو السر في ذلك ؟

إن السبب في ذلك موضوعي ، يتمثل في طبيعة القضية المعروضة . فإذا عرضت أمامها قضية للفصل فيها ، كما هو في قضية " لوتيس" ، فإنها تطبق المادة (38) من النظام الذي يحدد المصادر التي تستعملها المحكمة في حل النزاعات والتي تقضي بأن تبدأ المحكمة بمراعاة الأحكام الإتفاقية . فإذا لم تجد قاعدة مكتوبة[1] تناسب الموضوع لجأت إلى الأحكام العرفية لتحكم في الموضوع .فالبحث عن قاعدة عرفية ، أو محاولة إثبات وجودها ، يقع على عاتق المحكمة .وهذا ما يؤكده "هولوي كي "بقوله :

" قبل أن تتمكن المحكمة من تقرير ما إذا كانت هناك قاعدة ، تطبق على قضية معينة ،فإنه يجب عليها أن تتأكد من وجودها ."[2].

معنى هذا أن الإثبات ، في هذه الحالة ، يشكل إختصاصا أصيلا للمحكمة . ومن ثم فإنها لاتستطيع نقله إلى أحد الأطراف بشكل كلي ، وإن جاز لها أن تستفيد من الخدمات التي يمكن أن يقدمها المعنيون بصفة تبعية . أي أن المسؤولية تقع أساسا على المحكمة واستثناءا على الأطراف .

---

(1) - سواء كانت من أصل عرفي أو اتفاقي . والمهم أنها اتخذت شكلا مكتوبا ، يسهل الرجوع اليها .

(2) - نقلا عن الأستاذ علي عزت السنجقلي - سريان المعاهدة على الدول غير الأطراف - القاهرة - جامعة عين الشمس 1974 - ص 246.

أما إذا عرض أمامها نزاع، زعم أحد أطرافه بوجود قاعدة عرفية تقضي لصالحه، أو أن عمل الغير يشكل إخلالا بها، أو أنه قام بعمل ما تطبيقا لها؛ فإن مسؤولية الإثبات تقع أساسا على الدولة الزاعمة، وإن جاز للمحكمة - إن رأت ذلك - أن تتبنى الموضوع، وتحاول إثبات ذلك، لكن عبء الإثبات يقع أساسا على الطرف الذي أثار الموضوع، وهذا ما تم في قضية حق الملجأ.

وتبعا لذلك نصل إلى الخلاصة الآتية:

إن الطرف الذي يثير العرف، أو يريد تكريس حكمه، هو المكلف أصلا بإثبات وجوده. وهذا ما يوافق تماما قاعدة "البينة على من ادعى". هذا وجدير بالذكر أن المحكمة ليست ملزمة، في كل مرة، بإثبات الأعراف التي تثيرها، إذ أنها - في بعض الحالات - تكتفي بالإشارة إلى القاعدة التي تريد تطبيقها. ولعل السبب في ذلك يعود إلى:

أ- إما أن تكون القاعدة معروفة ولا تحتمل الجدل.

ب- أو تكون قد أثيرت من قبل وتم إثباتها في مناسبة سابقة.

تماشيا مع هذا التحليل، نقول بأن الإحتجاج بالقاعدة العرفية، يقتضي أن تكون موجودة؛ فإن لم تكن كذلك، أو زعم أحد الأطراف أنها كذلك، وجب إثباتها ليتسنى الإحتجاج بها.

الفرع الثاني: الإعتراف وعدم التحفظ على القاعدة المعنية.

تكون القاعدة سارية في مواجهة الغير بإحدى الطريقتين:

إما أن يكون قد ساهم في تكوينها، أو يعترف بها بعد التكوين. ففيما يخص الحالة الأولى، فإنه ينبغي على الشخص الدولي أن يكون قد ساهم في تكوين القاعدة بالتصرفات التي تفيد ذلك، أي التصرفات الإيجابية والمواقف السلبية عند الإقتضاء. لكن هل تسري على الدولة جميع الأحكام والقواعد التي ساهمت في إنشائها؟ أم تسري عليها الأحكام غير المتحفظ بشأنها فقط؟

طبقا للأحكام الإتفاقية الدولية، تسمح مؤسسة التحفظ بتجزئة المعاهدات. أي أن التحفظ يجعل بعض الأحكام سارية على بعض الأطراف دون البعض الآخر. فهل تطبق نفس القاعدة على العرف؟

في الحقيقة ، ينبغي التمييز بين الأعراف المدونة والأعراف الأخرى . ففيما يخص الفئة الأولى ، ينبغي التفرقة كذلك بين الأعراف التي تم تعديلها ، والأعراف غير المعدلة . ففيما يخص المعدلة ، فإنها تأخذ حكم القواعد الإتفاقية ، نظرا لبروز إرادة الدول بصورة صريحة ، حيث يشترط في التحفظ - أن لايكون مخلا بهدف وموضوع الإتفاقية - طبقا للمادة (19) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 (1).

أما بالنسبة للأعراف غير المعدلة ، فإن المسألة محل نظر ، ذلك أن التحفظ على الأعراف مرهون بوقت نشوئها (2). وهذا يعني عدم وجود التحفظ على القاعدة القائمة . بل أن محكمة العدل الدولية ذهبت إلى حد الإعتقاد بأن التحفظ غير موافق للتدوين في قضية الجرف القاري في 1969/02/20 ، حيث قالت :

" المعروف أن التحفظ مقبول في الأحكام الإتفاقية في حدود معينة . ولكن ذلك لايطبق على القواعد (...) العرفية ، التي تقتضي أن تطبق في ظروف متساوية لكافة أعضاء المجتمع الدولي . ولذلك لايمكنها أن تكون خاضعة لحق الدول في إبعاد أحكامها (التحفظ عليها) (3). "

هذا ونجد في العمل الدولي ما يؤكد الفكرة القائلة بأن الوقت المناسب للتحفظ هو وقت نشوء القاعدة (4). أي قبل إكتمال وجود القاعدة العرفية .

وهكذا نجد عدة دول تتحفظ حول اعتبار كتابة معاهدتي "إيكس لاشابيل في 1748/10/18" و" معاهدة باريس في 1765/02/20 " باللغة الفرنسية ، سابقة تساهم في قيام قاعدة عرفية في هذا المعنى . كما تحفظت الولايات المتحدة الأمريكية حول تنفيذها للحكم التحكيمي ، الذي صدر ضدها ولصالح النرويج ، بعد الحرب العالمية الثانية .

وبعبارة أوضح فإن التحفظ يثار وقت نشوء القاعدة ، أما فيما بعد ، فلامحل له ضمن الدول التي ساهمت في التكوين . لكن ما العمل بالنسبة للدول التي لم تساهم في النشوء ؟

الأصل في الدول التي لم تساهم في النشوء ، أنها ليست طرفا في هذه القواعد ، ولذلك لاتكون سارية عليها ، ولا يحتج بها عليها . وتصبح معنية بهذه القواعد بناء على

---

(1) - وهذا ما قالت به محكمة العدل الدولية في رأيها الإستشاري ، المتعلق بالتحفظ على اتفاقية تحريم الإبادة ... الصادر في 1951/05/28 . راجع في ذلك :

- C.I.J. , avis consultatif du 28/05/51 = P.24 et voir DAUDET(Y), J.C.D.I. 1976 FASC 13 D, PARIS ED. TECHNIQUES, 1976, P 15.

(2) - حامد سلطان - القانون الدولي العام - المشار إليه - ص 39 . وانظر :
- C.I.J. Ibid, P : 131 .

(3) - EISEMANN(PM). Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ 2°ed Paris Pedone 1971 P:245 et voir DAUDET(Y), ibid, P.16

(4) - MATEESCO (N) , Op - cit, P.260.

على تصرف معين ، أشرنا إليه سابقا باسم " الإشمار " . ولذلك ينبغي الرجوع إليه للإطلاع على التحفظ المحتمل ، الذي ينبغي أن لايكون مخالفا لهدف الإتفاقية التدوينية وموضوعها ، ولا متناقضة مع القواعد الآمرة الدولية . أي أنه يبقى محصورا على الأعراف الرضائية كما رأينا . ومع كل ذلك ، أيصح لدولة ليست طرفا في القاعدة حق التمسك بها ؟

يذكر الأستاذ " ماتيسكو " أن أسبانيا تمسكت بالأعراف المذكورة في معاهدة باريس لعام 1856 في حربها مع أمريكا [1]. ولقد كنا أشرنا إلى واقعة تطبيق المحكمة العليا الأمريكية للعرف الفرنسي - الأنجليزي في قضية " PAQUET HABANA " ولانريد تفصيل ذلك .

الأصل في السريان هو رضاء الدول بحكم القاعدة . ولذلك لايوجد مانع من التمسك بالقاعدة التي لم تكن الدولة طرفا فيها ، على أن يترتب على ذلك إرتباطها بالقاعدة المعنية ، إبتداء من تاريخ التمسك بها ؛ ذلك أن التمسك بالقاعدة يعتبر قرينة قاطعة على قبول حكمها . لكن هل يجوز ذلك في جميع القواعد العرفية ؟

اعتقد أن هذا الحق يقتصر على الأعراف العامة والإقليمية دون الخاصة . ذلك أن هذه الأخيرة تقوم على معطيات ذات طبيعة خاصة ، وهو الاتجاه الذي يؤيده بعض الكتاب [2]. فإذا تصورنا قيام قاعدة عرفية بين دول المجموعة الإقتصادية الأوروبية ، تقضي بتعاون الدول الأعضاء لتسديد الديون الخارجية للدولة العضوة المدينة . فإنه لاتستطيع دولة أخرى خارج السوق - الإعتراف بهذه القاعدة ، والاحتجاج بها ضد دول المجموعة ، لأن هذا العرف خاص بدول المجموعة فقط . وتبعا لذلك ، فإنه لكي يحق لدولة معينة ، أو لأي شخص دولي آخر ، الإحتجاج بقاعدة ما ، فإنه ينبغي ألا تكون تلك القاعدة محل تحفظ سابق ، أو عدم إعتراف من طرف الدولة الخصم في النزاع .

---

(1) - MATEESCO (N), Op Cit - P ; 261

(2) - SORENSEN (M) , les sources . Cit, P - 104

الفرع الثالث : المناسبة .

تعتبر المناسبة شرطا ظرفيا ، يتعلق بصحة الإحتجاج وفعاليته ، أكثر منه بشرط ممارسته .

يتم التحقق من صحة المناسبة التي أثيرت بصددها قاعدة ما ، وتطابقها ، بعد الفصل في النزاع . سواء كان ذلك عن طريق القضاء . أو التحكيم أو التسوية الدبلوماسية (التوفيق . المصالحة . المساعي الحميدة) .

من الأمثلة عن المناسبات التي استدعت التمسك والاحتجاج بالقاعدة العرفية . قضية " لوتيس" . حيث احتج ممثل فرنسا " باديفان " بوجود قاعدة عرفية ، مفادها أن دول العلم هي المختصة بالمتابعة في حالة التصادم البحري[1]. ولكن لم يتضح للمحكمة العرف المزعوم ولذلك لم تأخذ به .

كما أن " كولومبيا " احتجت بوجود قاعدة تقضي بحق الدولة المانحة لحق اللجوء الدبلوماسي ، في تكييف المخالفة بصورة إنفرادية ، في قضية " حق الملجأ " في 1950/11/20 . لكن المحكمة لم تقتنع بحجج هذه الدولة لإثبات القاعدة المعنية ؛ خاصة في مواجهة البيرو الدولة الخصم في القضية[2] لكن ما هو دور المناسبة في الاحتجاج ؟

يجعل الأستاذ " فريدمان " دور المناسبة متمثلا في تكريس القاعدة المعنية[3]. ويضرب لذلك مثالا باحتجاج إيسلندة وعدد من الدول ، بقاعدة الإثني عشرة ميلا بمناسبة مد مياهها إلى هذه المسافة .

إن دور الإحتجاج ، عندما تعين المناسبة ، مضاعف . فمن جهة ، يهدف إلى تكريس القاعدة - كما هو في المثال السابق - ومن جهة أخرى ، فإنه يحافظ على كيان القاعدة باستمرار ، بعدم سقوطها في الإهمال .

إذا كان هذا هو الوضع للعرف التقليدي ، فما هو دور الإحتجاج بالنسبة للعرف الموجه ؟

العرف الموجه هو نتاج التطور السريع للأحداث ، وهو يتوفر على عنصر الإلزام قبل عنصر التكرار . ولكي يتحقق الكيان القانوني والواقعي لهذا الصنف من القواعد ، ينبغي أن يتأكد بالعمل[4]. فكيف يمكن أن يتحقق ذلك ما لم

---

(1) - MAREK (K), Les sources de droit international . Cit, P - 806 et voir aussi CAVARE (L), Op . Cit , P : 221.

(2) - C.I.J. recueil, 1950 , P : 278 .

(3) - FRIDMAN (W), de l'éfficacité . Cit - P.28

(4) - DEVISSCHER (CH), les effectivités . Cit - P : 71

تستفل المناسبات للإحتجاج به ؟ وعليه فإنه لايمكن الحديث عن وجود قاعدة عرفية بمعنى الكلمة - في حالة العرف الموجه - إذا لم يتأكد ذلك بالعمل الدولي • ذلك أن الإحتجاج في الوقت المناسب، هو من صميم الوجود القانوني والواقعي للقاعدة العرفية الموجهة • وتبعا لذلك نقول :

إذا كان الإحتجاج بالقاعدة العرفية التقليدية يساهم في تكريسها وتدعيم وجودها ، فإنه يساهم في تكوين القاعدة الجديدة ، طالما أنها إتى عمل يصدق عنصر الإلزام ، وطالما أن التصرف المنشيء للقاعدة العرفية الموجهة ، هو بمثابة " اقتراح " أو " وعد " بالقاعدة • على شرط تحقق الركن المادي • لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا باستغلال المناسبات التي تستدعيها • لكن ما حكم الإحتجاج بقاعدة في غير مناسبتها ؟

إنه لمن المستبعد وجود مثل هذه الحالة على الصعيد الدولي ، نظرًا لوجود أجهزة متخصصة من جهة، ومحاولة كل طرف لإيجاد الأدلة لتدعيم الموقف المزعوم من جهة ثانية • وكل ما يمكن أن يثار بهذا الصدد، هو التكييف - إذ لكل تكييف مبرراته وخلفياته - سواء كان على الصعيد الحكومي ، أو على صعيد الأجهزة المتخصصة ، أو على صعيد الأجهزة المكلفة بالفصل في النزاع • وهذا ما تؤكده المادة (09) من نظام محكمة العدل الدولية ؛ حين اشترطت تمثيل مختلف الحضارات (الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم) في طاقم القضاة الدوليين ، المكلفين بتسيير نشاط المحكمة •

وعلى كل حال ، فإن التمسك بالقاعدة في غير مناسبتها ، ليس جريمة دولية ، وإنما ينقلب ذلك على الدولة التي أثارتها، حيث يكون دليلها ضعيفا • • فلا تأخذ المحكمة بها ، كما فعلت المحكمة الدائمة في قضية " لوتيس " حين ضربت عرض الحائط بحجج فرنسا (1).

يكتسي التكييف أهمية قصوى بالنسبة للعرف، نظرا لطبيعة قواعده التي تتسم بالغموض • ولعل ذلك يكون من الأسباب التي ساهمت في " عزوف " الدول عن اللجوء إلى القضاء الدولي ، والتخوف من القضاء الإلزامي (2)

---

(1) - SORENSEN (M), Les soucces . Cit - P : 103.

(2) - خاصة الكتلتين الأفروآسيوية والشيوعية كما تم في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969 • راجع في ذلك مقالة الأستاذ جعفر عبد السلام علي - وسائل تسوية المنازعات في قانون المعاهدات - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 25 لسنة 1969 • ص 251 •

الأمر الذي جعل مندوب فرنسا يصف القاضي بالمشرع على النحو الذي رأيناه سابقا .
إن السؤال الذي ينبغي الإجابة عنه قبل الانتقال من شروط الإحتجاج عند المناسبة ، هو : هل يقع الإحتجاج بالقاعدة في غير مناسبتها من دون أثر ؟
من الناحية القانونية ، يكون الإحتجاج واقعا خارج دائرة اختصاص المادة ، وتبعا لذلك فإنه يكون عديم الأثر بالنسبة للحالة المعروضة (القضية محل النزاع) ، غير أن ذلك لا يستبعد اعتباره سابقة مادية تفيد التمسك بالقاعدة المثارة فعلا .

وهكذا يبدو الإحتجاج في الوقت المناسب متبوئا وظيفة الحامي الأول للقاعدة من الإنحراف المحتمل(1) ، ويمثل الدليل القانوني على استمرار وجودها في العلاقات الدولية ، وقرينة على نية الأطراف المعنية في استمرار حكمها .

المطلب الثاني : طرق الإحتجاج .

إن طرق الإحتجاج عديدة ومتنوعة ، منها السلمية ومنها غير السلمية . لكن المواثيق الدولية تدعو إلى تسوية الخلافات بالطرق السلمية(2) (المادة 3/2، 4 من ميثاق الأمم المتحدة) ، وتحدد المادة (1/33) من الميثاق الأممي هذه الطرق بقولها :

" ينبغي على الأطراف في النزاعات التي يمس استمرارها تهديد المحافظة على الأمن والسلم الدوليين ، البحث عن الحلول بطرق التفاوض ، والتحقيق ، الوساطة ، التوفيق ، التحكيم ، التسوية القضائية ، اللجوء إلى الهياكل والإتفاقيات الجهوية ، أو عن طريق وسائل سلمية أخرى يختارونها . "

وبعبارة أخرى فإن طرق الإحتجاج السلمية ، تتم عبر عدة مؤسسات ، منها ما يتم بين أطراف النزاع مباشرة (وجها لوجه) كالتفاوض ، ومنها ما يتم عبر تدخل طرف ثالث ، كالمصالحة والتوفيق والمساعي الحميدة والوساطة ، حيث يتدخل هذا الطرف لنقل وجهات النظر (الإحتجاجات) بين مختلف أطراف النزاع ، مع محاولة التخفيف من حدتها وتوجيهها إلى نقطة الوفاق بينها .

---

(1) – SORENSEN (M) , Les sources Cit : P – 103.

(2) – حيث تنص المادة (3/2) من ميثاق الأمم المتحدة على : " يسوي أعضاء المنظمة خلافاتهم الدولية بالطرق السلمية . بالطريقة التي لا تعرض الأمن والسلم الدوليين وكذا العدالة الدولية للخطر . " بينما تدعو الفقرة الرابعة من نفس المادة إلى الإمتناع عن اللجوء إلى التهديد واستعمال القوة في علاقات الدول الأعضاء .

هذا، ويدخل ضمن هذه المؤسسة التي يتدخل فيها الطرف الثالث، التحكيم والقضاء، حيث يقدّم كل طرف احتجاجاته، ويبقى على الطرف الثالث إصدار الحكم ...الخ.

تبعا لما سبق، يمكننا تقسيم الإحتجاج السلمي إلى صنفين :

1 - الاحتجاج الدبلوماسي، ويدخل فيه التوفيق، المصالحة، التفاوض، المؤتمرات الدبلوماسية، وما إلى ذلك. وجدير بالذكر أن فكرة اللجوء إلى الإحتجاج الدبلوماسي لاحترام العرف وجدت منذ القديم [1].

2 - الإحتجاج القضائي، ويدخل فيه اللجوء إلى المحاكم الدولية والتحكيم.

تماشيا مع هذا التحليل، نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : الإحتجاج الدبلوماسي.

يقصد بالاحتجاج الدبلوماسي، بصورة عامة، صدور هذا الأخير من جهاز رسمي له قدرة إلزام الدولة، أو على الأقل ينبغي أن يكون له حق الحديث باسم الدولة. ولقد كنا أثرنا ذلك بصدد الحديث عن أجهزة الدولة التي لها حق المساهمة في تكوين القاعدة العرفية، في الفصل الأول [2] وهؤلاء معروفون كوزير الشؤون الخارجية ورئيس الدولة وكذا الوزراء الذين تتصل وظيفتهم بالمواد الدولية كالتجارة والصناعة والمواد الأولية ...الخ. وكذا الممثلين الدبلوماسيين لدى الدول والمنظمات الدولية، ومن أي شخص آخر، إذا تحصل على وثيقة تسمح للحديث باسم الدولة. كما هو بالنسبة للمفوضين والبعثات الخاصة.

لقد وجد الإحتجاج الدبلوماسي منذ القديم، أي منذ وجود العلاقات الدولية. وإذا كنا لانستطيع الرجوع إلى أغوار التاريخ لنأتي بأمثلة، فإن ذلك لايعد قرينة على عدم وجودها، لأن العلاقات الدولية، وان سادتها الحروب، فإن السلم السلم لم يمت. والإحتجاج الدبلوماسي هو السبيل الأمثل لاستمرار العلاقات السلمية. وعلى كل فإننا نذكر بعض الأمثلة من هذا الميدان :

في سنة 1708 تم إلقاء القبض على سفير روسيا في بريطانيا، بسبب تماطله عن

---

(1) - يناصر هذا الإتجاه على الخصوص الأستاذ " بيفندورت " راجع في ذلك رسالة " جاني قريتوار " المشار إليها - ص31 وما بعدها.

(2) - راجع في ذلك الصفحة (38) من هذا البحث.

دفع المبالغ المستحقة ، بعد إقامة الدعوى عليه .(1)

قام القيصر بتقديم احتجاج دبلوماسي إلى الملكة البريطانية "آن" التي ألغت الدعوى بإصدار القانون رقم (12) ، وفرضت عقوبات شديدة على كل من يتعرض بسوء لحصانات السفراء في المستقبل .

وفي سنة 1888 قررت (2) حكومة الإكوادور التحلل من كل مسؤولياتها أمام المواطنين والأجانب الذين قد يتضررون من حرب داخلية (أهلية) أو خارجية . فأسرعت الولايات المتحدة الأمريكية ، عن طريق إبلاغ السيد " ريفس " إلى نظيره في حكومة الإكوادور السيد " ماك قار " ، إحتجاجا دبلوماسيا . نورد منه ما يلي :

" ... إن هذا التصرف ينافي قانون الشعوب . وأن تصريحا كهذا من طرف الإكوادور - فيما يخص الطريقة التي ترى أنها تتعامل بها مع الدول الأخرى - يجعلها خارج قانون الشعوب ." (3)

والآن ما أكثر هذا النوع من الإحتجاج . فإذا هتكت قاعدة عرفية . أسرعت الدول إلى التنديد بذلك التصرف ، واعتباره سابقة خطيرة . وإننا نكتفي بذكر الإحتجاجات العربية ضد إسرائيل ، لعدم احترامها لقانون الحرب في مجزرة صبرا وشاتيلا . واحتجاجاتها ضد الممارسات العنصرية لهذا النظام . ونذكر كذلك الإحتجاجات الإيرانية ضد العراق حين اخترق قواعد الحرب باستعماله الأسلحة الكيمياوية .

لو صنفنا الأمثلة السابقة ، لوجدناها تنقسم إلى قسمين : الإحتجاج الثنائي من جهة ، والإحتجاج إلى مؤتمر دولي من جهة ثانية . وجدير بالذكر أن هذا الأخير له أهمية كبيرة ، باعتبار المؤتمر يخرج بتصرف جماعي رسمي بتأكيد قاعدة عرفية أو الكشف عنها بما لا يدع مجالا للشك فيها .(4) خاصة إذا تعلق الأمر بالجمعية العامة أو مجلس الأمن ، حيث يكون التصرف عبارة عن تعبير المجتمع الدولي (5). لكن هل يجوز للدولة غير المعنية - بصورة مباشرة - بقاعدة ما الإحتجاج بها ؟

---

(1) - حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - المشار إليه - ص 36 .

(2) - GIANNI (G) , Op -cit ; P: 172 - 173 .

(3) - GIANNI (G) , Op - cit , P: 173 .

(4) - GIRAUD (E) , Droit international public , cit , P: 743 .

(5) - GIRAUD (E) , ibid , P: 645 - 646 .

لقد رفعت اثيوبيا وليبيريا الشكوى إلى محكمة العدل الدولية ، تطالبان فيها إصدار حكم تعلن فيه المحكمة ، بأن إتحاد جنوب إفريقيا قد انتهك المادة (22) من عهد العصبة ، والمادتين الثانية والسابعة من صك الإنتداب ، نظرا لسياسة التمييز العنصري التي تنتهجها هذه الدولة في هذا الاقليم[1] ، انفردت المحكمة بإصدار حكم يعتبر وصمة عار عليها بتاريخ 1966/07/18 ، رفضت فيه الدعوى المقدمة إليها لانعدام المصلحة ، أي أنها طبقت المبدأ الداخلي القاضي بأن " لادعوى بدون مصلحة " ، وهذا يعني - تبعا للحكم - أن الدولة أو الشخص الدولي غير المعني بقاعدة عرفية بصورة مباشرة ، لايسمح لها الإحتجاج بتلك القاعدة .

لقد وضع هذا الحكم علامة استفهام كبيرة على المحكمة وسمعتها ، مما جعل الجمعية العامة - وبعد شهر فقط - تصدر قرارا يقضي بإنهاء الإنتداب على إقليم جنوب غرب افريقيا ، وعادت المحكمة نفسها لتعلن على استحياء ، في رأيها الإستشاري المؤرخ في 1971/06/21 إلتزام اتحاد جنوب افريقيا بأن ينهي فورا إدارته لإقليم جنوب غرب افريقيا (ناميبيا) . وأن الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة ملتزمة بالإعتراف بعدم شرعية إدارة تلك الدولة على إقليم ناميبيا . "[2]

تكمن الخلاصة التي وصلنا إليها في أن المحكمة " تراجعت " عن حكمها الصادر سنة 1966 ، بإصدار الرأي الإستشاري السالف الذكر . فهل يعني ذلك بأن الدولة تستطيع الإحتجاج بكل القواعد العرفية ؟

رغم تراجع المحكمة ، فإن هناك بعض الأعراف يصدق عليها مبدأ " لادعوى بدون مصلحة " ألا وهي الأعراف الخاصة بالمعنى الذي قدمناه . أما الأعراف المتصلة بالنظام العام أو ما يسمى بالقواعد الآمرة ، فإنه لايصدق عليها هذا القول . فإزالة الإستعمار والمحافظة على الإنسانية ...الخ ينبغي أن لايقف مبدأ " لادعوى بدون مصلحة " في مواجهتها . بل أن تلك القواعد تشكل المطلب الأساسي

---

(1) - راجع في ذلك دروس الأستاذ تيسير عواد - القانون الدولي العام - الجزائر - كلية الحقوق - 1977 - 1978 - ص 56 / 57 .

(2) - CIJ , Recueil ,1971. P: 58

لتنمية العلاقات الودية ، المبنية على مبدإ المساواة ، وتحقيق التعاون لحل المعضلات الدولية .

إن ميثاق الأمم المتحدة تشترك فيه جميع الدول المؤسسة والمنضمة ، وهي مخاطبة بأحكامه على قدم المساواة . وينبغي عليها طبقا للمادة (2/2) منه أن تنجز التزاماتها بحسن نية .

وتبعا لما سبق ، فإن الأغراض العامة يمكن أن تكون محل احتجاج ، وإن كانت العلاقة التي تثيرها تبدو - نظرا لأطرافها - ليست عامة . فإذا كانت قاعدة مائتي (200) ميل بحري تمس الدولة المقابلة مباشرة ، فإن الدول الأخرى تستطيع الإحتجاج باحترام قاعدة (12) ميلا بحريا في تحديد المياه الإقليمية (1) ، رغم عدم وجود مصلحة آنية واضحة ، لأن مد المياه الإقليمية إلى هذه المسافة . يؤدي إلى تضييق ميدان التراث المشترك للإنسانية .

إذا صدق ذلك ، فالأولى أن يصدق حق المطالبة والإحتجاج بمبدإ حق الشعوب في تقرير المصير ، باعتبار الإستعمار والتفرقة العنصرية ، يمسان النظام العام الدولي في صميمه .

الفرع الثاني : الإحتجاج القضائي .

تنص المادة (36) من نظام محكمة العدل الدولية على ما يلي :

" 1 - يمتد اختصاص المحكمة ليشمل كل القضايا التي يطرحها الأطراف أمامها ، وكذا جميع الحالات الخاصة المحددة من طرف الميثاق أو الإتفاقيات والمعاهدات السارية .

2 - تستطيع الدول الأطراف في هذا النظام - في أي وقت - إعلان اعترافها بالإختصاص الإلزامي للمحكمة ، فيما يخص كل النزاعات ذات الطبيعة القانونية التي تتعلق بـ :

أ- تفسير المعاهدات .

ب - كل نقطة في القانون الدولي .

ج - حقيقة كل فعل - في حالة إرتكابه - يشكل خرقا لإلتزام دولي .

د - طبيعة ومدى التعويض الناجم عن انقطاع تنفيذ الإلتزام الدولي . "

---

(1) - يمكن إدخال إحتجاج منظمة الدول الأمريكية الصادر في أوائل نوفمبر من سنة 1986 ، ضمن هذه الفئة ، لأنه جاء بعد قرار بريطانيا القاضي بجعل منطقة (200) ميل المحيطة بأرخابيل المالوين ، منطقة صيد خالصة .

يبدو جليا – من هذه المادة – الإختصاص العام للمحكمة ، حيث يتعلق بكل ما يثار بصدد القانون الدولي، من خلافات، سواء تعلقت بالمعاهدات أو الأعراف أو أية نقطة تتعلق بهذا القانون .

هذا، ونشير إلى أن عبارة "... والمعاهدات السارية " تتضمن كذلك المعاهدات التي كانت تتطلب تدخل المحكمة الدائمة ، حيث آل هذا الإختصاص إلى محكمة العدل الدولية بموجب المادة (37) من النظام . وهو ما يعرف في الفقه الدولي بالإستخلاف(1).

إن نظام محكمة العدل الدولية – إذن – يعترف صراحة بالإحتجاج بالقاعدة العرفية . وهذا يعني تمتع المعنيين بها بحق تقديم الإحتجاجات أمامها . سواء كان هؤلاء المعنيون دولا أو منظمات دولية أو حركات تحرير وطنية . فهل تتفق أحكام النظام مع هذا الإستنتاج المنطقي .

إن نظام المحكمة لا يسمح بذلك، إنه يبعد بعض الكيانات من التمتع بهذا الحق، على الرغم من علاقتها بالقانون الدولي ، ومساهمتها في بلورة مبادئ جديدة فيه(2).
وأعني بذلك المنظمات الدولية وحركات التحرير (عدا منظمة الأمم المتحدة التي تتمتع بهذا الحق . ولا غرابة في ذلك، طالما أن المحكمة تعتبر الجهاز القضائي الرئيسي للمنظمة طبقا للمادة الأولى من النظام). لكن كيف أبعدت هذه الكيانات ؟ .

لقد سبقت الإشارة إلى المادة (1/34) من النظام ، وقلنا بأنها تنص على تمتع الدول فقط بحق الإدعاء أمام المحكمة .. وإذا كان النظام جزءا من الميثاق الذي يكرس مبدأ المساواة وحق الشعوب في تقرير المصير . فمعنى ذلك أن هناك تناقض بين المادة (1/34) من النظام والمادة (2/1) من الميثاق . فمن جهة يفتح الميثاق الباب للشعوب من أجل التحرر والمساواة ، ومن جهة أخرى يوصد الباب أمامها ، عن طريق غلق الباب أمام حركات التحرير الوطنية، ممثلة هذه الشعوب، والمعبرة الرسمية عن آمالها ومطالبها المشروعة ، المتمثلة في التحرر والانعتاق ، ويمنعها (النظام) من ممارسة حق الإحتجاج بالأعراف التي تخدم القضية الرئيسية ، التي تشغل المنظمة نفسها والعالم ككل، ألا وهي تصفية الاستعمار ..

---

(1) – راجع محاضرات الأستاذ فائز أنجاك – بنية المنظمات الدولية – الجزائر كلية الحقوق – 1981 – 1982 .

(2) – انظر محمد بجاوي – المرجع السابق – ص 81 . وانظر كذلك :

- QUADRI (R) , Le fondement du caractère obligatoire de droit international, R.C.A.D.I 1952 I ,T:80 , leyde , AW SIJTHOFF 1953 page : 627.

الفرع الثالث : تقنية الإحتجاج القضائي .

نتعرض لهذه التقنية كما حددها نظام محكمة العدل الدولية ، بصورة مماثلة . ونبدأ بطرق تحريك إختصاص المحكمة . ثم ننتقل إلى إجراءات متابعة الإحتجاج . وفي الأخير نتعرض للغة المستعملة .

1 - طرق الإحتجاج أمام المحكمة :

تحدد المادتان (37) و(40) طرق الإحتجاج أمام المحكمة وهي :

أ - طريقة الإحالة أو الميراث (م37) حيث يكون الإختصاص لمحكمة العدل الدولية بفعل الإحالة ، في حالة وجود معاهدة أو اتفاقية سارية تحدد اختصاص عصبة الأمم أو المحكمة الدائمة بالفصل في النزاع الذي يثور بين أطرافها . حيث يؤول الإختصاص إلى محكمة العدل الدولية ، بفعل الإستخلاف .

ب - طريقة تبليغ شرط التسوية (م40) :

يتفق أطراف النزاع - طبقا لهذه الطريقة - على عرض الخلاف أمام المحكمة للفصل فيه . وهذا يعني أن هذه التقنية تتم برضاء الأطراف . وهو نادرا ما يحدث . وإذا ما وجدت حالة افتراضية ، فإن الإحتمال الأكبر أن يتم الفصل في النزاع عن طريق التفاوض .

ج - طريقة تحريك الدعوى بالعريضة (م40) :

سبقت الإشارة إلى المادة (1/34) التي تسمح للدول فقط بحق المثول أمامها . وعليه فإن تحريك الدعوى بالعريضة ، لا يتم إلا بعد استيفاء شرط الشخص المحرك لها . أي ينبغي أن يكون محرك الدعوى متمثلا في الدول فقط . لكن كيف يتم كل ذلك ؟

2 - إجراءات تحريك الدعوى ومتابعتها :

يتم تحريك الدعوى عن طريق توجيه عريضة "Requête" إلى كتابة الضبط "greffier" موضحا فيها موضوع وأطراف النزاع . ثم تقوم المحكمة عن طريق كتابة الضبط بإبلاغها إلى المعنيين ، وإلى أعضاء الأمم المتحدة ، عن طريق الأمانة العامة .

هذا فيما يتعلق بتقنية تحريك الدعوى . أما فيما يخص إجراءات متابعة الإحتجاج، فقد حددتها المواد (42 ، 43 ، 49) من نظام المحكمة . حيث حددت المادة (42) بأن يكون الأطراف ممثلين عن طريق أعوان مستشارين ، أو قضاة ، يمكنهم المثول أمام المحكمة مع تمتعهم بالحصانة الضرورية لممارسة هذه المهمة بحرية .

أما المادة (43) منه، فإنها تقرر بأن للإجراء مرحلتين : الأولى كتابية . والثانية شفوية .

أما الأولى فتتعلق بتبادل المذكرات بين أطراف النزاع ، عن طريق كتابة الضبط ، وكذا كل الوثائق المدعمة لمواقف الأطراف، والتي تبلغ نسخة منها - بعد المصادقة عليها - إلى الطرف الآخر .

وأما الإجراء الثاني فيتمثل في سماع الشهود والخبراء والأعوان والمستشارين والقضاة .

هذا ، ويمكن للمحكمة أن تطلب الوثائق و الشروح قبل كل مناقشة، طبقا للمادة (49) من نظامها .

هذا، ونشير في ختام هذه الفقرة إلى أن المادة (30) من النظام تحيل إلى النظام الداخلي للمحكمة ، وهو ما ندعه للمتخصصين .

3- <u>اللغة المستعملة</u> :

تنص المادة (39) من النظام على أن اللغات المستعملة هي الفرنسية والانجليزية ، حيث تصدر المحكمة حكمها بأحدها ، إذا اتفق الأطراف على ذلك . أما إذا لم يتفق الأطراف ، فإنها تصدر حكمها باللغتين ، مع اعتماد أحد النصين الفرنسي أو الانجليزي كأصل .

هذا ،ويمكن للمحكمة أن تسمح لأطراف النزاع باستعمال لغة أخرى ، غير اللغتين المذكورتين . بعد طلب ذلك .

كان ذلك عن الإحتجاج القضائي ، كما صوره نظام محكمة العدل الدولية .
وهو كما يبدو احتجاج ضعيف الأثر موضوعا وشكلا .
إنه ضعيف من حيث الموضوع لأن القضاء الدولي هو قضاء اختياري . وهو ضعيف شكلا لأنه يعتمد السيادة كمعيار للادعاء أمام المحكمة . وينتج على ذلك - من الناحية الاستنتاجية - استبعاد المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية . وهو ما يتناقض من رأي المحكمة الإستشاري في قضية الكونت بيرنادوط " في 1949/04/11 . فهل حان وقت تعديل المادة (1/34) من النظام ، أم تضيف المحكمة هذا " الحكم "إلى رصيد التناقضات التي يحتويها القانون الدولي المعاصر ؟

نحن في انتظار يقظة الشعور القانوني العالمي ، للتقليل من التناقضات التي يحملها هذا القانون ، واستبداله بقانون جديد . يراعي مصالح كافة الدول والشعوب . وريثما يتحقق ذلك فإن شعوب وبلدان العالم الثالث تبقى الضحية الرئيسية لظلم هذا النظام .

من المؤكد أن العرف سلاح ذو حدين ، فإذا نظرنا إلى القواعد التي تشكلت في الماضي، عن طريق سلوك الدول الإستعمارية ، فإن العرف يعتبر عبئا على الدول الجديدة ، وينبغي على هذه الأخيرة تقديم أطروحتها الجديدة ليتسنى لها خدمة مصالحها ، أو على الأقل ، للتخلص من هيمنة القواعد الظالمة .

وإذا نظرنا إلى بنية المجتمع الدولي ، فإن العرف يشكل سلاح الحاضر والمستقبل، باعتبار أغلب الدول المكونة للمجتمع الدولي ، هي دول جديدة ، تستطيع أن تكرس أعرافا عامة تخدم المصالح المشتركة للدول المعنية . وقد تجد ما تواجه به القواعد الظالمة ، والقواعد الآمرة مثال على ذلك .

إن نقص وتناقض التعاريف المطروحة ، يخدم مصلحة العالم الثالث ،أكثر من غيره ، في حالة حسن استغلاله ، عن طريق طرح البديل .

لو عدنا إلى موضوع التعريف وتساءلنا عن مصدر الإشكاليات ، لوجدنا الغموض ونقص الشكلية (الكتابة) والمرونة وتناقض العمل الدولي أحيانا ، يتحملون الجزء الأكبر من المسؤولية . إذ أن كل محاولة تجد في العمل الدولي ما يكذبها ويدحضها (1) لكن هل العمل الدولي هو معيار تعريف العرف ؟

إن النظرة الأولى تقول نعم (2)، طالما أن العرف يتشكل بصورة أساسية من العمل الدولي . لكن النظرة المتفحصة ترى عكس ذلك . وهكذا نجد الأستاذ " بنكرشوك " يضع الثقل موضع العمل الدولي ويمنحه دور الحكم (3).

وبعبارة أخرى ، فإن العمل لايعتبر من الناحية القانونية سوى وقائع مادية ، وأن الفقه والقضاء هما اللذان يضفيان عليه ما يريانه مناسبا - وذلك بصورة عامة - سيما وقد تم تكريس القواعد الآمرة . أي أن الإحساس بالإلزامية يأتي بعد التفكير في نتائج المادية (4). وتلك هي مهمة الفقه والقضاء بالدرجة الأولى ، بمراعاة النظام الشرعي الدولي ، والظروف الملابسة للعمل .

وتبعا لذلك ، فإن الشرعية الدولية هي السبيل للخروج من تناقض العمل الدولي الذي يعيق الفقه والقضاء عن تقديم التعريف المناسب . ويترتب على ذلك كون العمل الدولي تابعا للشرعية وليس متبرعا ، كما هو عليه الحال في الوقت الحاضر .

---

(1) - انظر على سبيل المثال دروس الأساتذة : " كادي رولاندو " بلاهاي سنة 1964، ص 32، " ش . شومون " سنة 1970 . " ص 376، " جيرو إميل " سنة 1963 . ص 1 - 7 .

(2) - وهو إتجاه أغلب الفقهاء .

(3) - GIANNI (G) , Op -cit , P: 35 .

(4) - يقول " سورينسون " : يتم القول بوجود قاعدة عرفية عن طريق الإستدلال المنصب على سلوك الدول السابق - راجع رسالته المشار إليها - ص 85 .

الفرع الثاني : إشكالية العرف من حيث الطبيعة .

توجد في الفقه الدولي عدة إتجاهات ونظريات لتفسير طبيعة القاعدة العرفية [1]، ويمكن تصنيفها إلى فئتين .

1 - الفئة الأولى ترى بأن طبيعة القاعدة العرفية تقع خارج إرادة الدول . وتبعا لذلك، فإنها تقع في مركز أسمى من تلك الإرادة [2]، ويتحصل العرف بالنتيجة على المرتبة الأولى، في ترتيب مصادر القانون الدولي .

لقد ذهب هذا المذهب أنصار المدرسة الطبيعية وفقهاء المدرسة الموضوعية، على النحو الذي رأيناه في الفصل الأول، حيث تصبح القاعدة العرفية عبارة عن المبادئ المكونة للنظام العام الدولي . وعلى كل، إن صح ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة الدولية - إن كانت من أصل عرفي - فإنه لايصح على القواعد الأخرى، كقاعدة تحديد المياه الإقليمية على سبيل المثال .

2 - الفئة الثانية ترى بأن طبيعة العرف ليست خارج إرادة الإنسان . وتتفرع هذه الفئة بدورها إلى اتجاهين :

أ - إتجاه يكرس الطبيعة البشرية، حيث يجعل القانون العرفي إتفاقا في طبقة ما تحت الشعور .

ب - إتجاه يكرس الإرادة ويجعلها فوق كل اعتبار، فهي مصدر القانون الدولي سواء كانت صريحة (المعاهدة) أو ضمنية (العرف) [3] . ويترتب على ذلك إعطاء قيمة أدنى للعرف، وجعل الإرادة الصريحة موضع التقديس . وإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز الطعن بالإكراه والتدليس كعيوب للرضا ؟ ولماذا تكون الأعراف العامة ذات حجية عامة كما يقال ؟ ثم هل أن هذه الإرادة مفترضة الحدود أم أنها مطلقة : أتخضع للقواعد الآمرة أم أن هذه الأخيرة هي التي تخضع لها ؟

---

(1) - مع اعترافنا بوجود تقسيم آخر يدور حول طبيعة العرف أهي كاشفة أم منشئة ؟ لكننا تناسيناه عمدا لتفادي الدخول في جدل لايخدم بحثنا .

(2) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 106.

(3) - وهو موقف أغلب الفقهاء بما في ذلك الفقه السوفياتي؛ وللإطلاع على ذلك طالع : تونكين - القانون الدولي العام - المشار إليه - ص 98 . على الرغم من أن مفهوم الإتفاق يختلف لدى كل من الفقهين الشرقي السوفياتي والغربي ؛ حيث يرى الأول بأن الإتفاق ينتج من تصادم الإرادات المتباينة . بينما يرى الثاني بأنه ناتج من توافق الإرادات - تونكين - نفس المرجع ص 164، 165 .

إن لهـذه الإختلافات عـدة إنعكاسات على ما يدور حول العرف. فإذا كان مـن طبيعة ما فوق إرادة الدول، فهل يجوز تنظيمه وتدوينه والتحفظ عليه واستبداله ؟
وباختصار فإن الإختلاف حول طبيعة العرف، هـو مصـدر كل الغموض الذي يدور حوله. سـواء تعلق الأمـر بالتعريف - كما رأينا - أو بالقوة الإلزامية كما سنرى.

الفرع الثالث : إشـكاليـة العرف مـن حيث الإلزام .

يثير هـذا الموضوع مسألة حجية العرف. فإذا كان تصرفا رضائيا (اتفاقا ضمنيا) فإن أثره لايشمل الدول غير الأطراف (1)، ولكن بعض أنصار المدرسة الإرادية يجعلون هـذه الحجية عامة، تشمل حتى الدول الجديدة. فكيف يتم التوفيق بين قاعـدة نسبيـة آثار التصرفات الإرادية وحجية الأعراف العامة ؟ وإذا كانت قاعدة "العقـد شريعـة المتعـاقدين" هي مصـدر القوة الإلـزاميـة، فما هـو سبب وجود التكرار ؟
ومن بين المشاكل المطروحـة بصدد إلزامية القاعـدة العرفية، الإختـلاف فـي الركن الذي تـسـتـمـد منه الإلزاميـة . حيث وجدنا من يكتفي بالتكرار (الركن المـادي) ومن هـو على نقيض من ذلك. كما يـوجـد من يعتمـد على الركنيـن معًا (2).
بل أن بعض الآراء تفرغ العرف من أية قوة إلزامية. كما هـو عليه الحال بالنسبة لأنصار مدرسـة التقييـد الذاتي. كما يوجـد من يشترط في القاعـدة أن تكون موافقـة للعدل والإنسـانيـة لكي تكون ملزمة، وإلا وقعت دون إلـزاميـة، لا وبـل يـجـب تـفـاديـهـا .
هـذا وهناك مسـألـة القواعـد الآمـرة الـدوليـة، التي كرسـت في المادة (53) مـن اتفـاقيـة فيينـا لقـانون المعـاهدات لعام 1969 . فـهـل تـخـضـع القواعد العرفيـة لـهـذه الـقواعـد أم لا ؟ وإذا كان أصل القـواعـد الآمـرة عـرفـيـا، فـما هـو مـعـيـار التفرقـة بينـهـا وبيـن الأعـراف ؟

---

(1) - وهو ما تؤيده عـدة أحكام قضائيـة . منـهـا أحكام المحكمة الـدائمـة فـي القضايا الآتية : مصالح ألمانيا في سيليزيا العليا البولونيـة، المناطق الحرة لسافوا ومقاطعـة جكس ... راجع في ذلك رسالة علي عزت السنجقلي - سـريان المعاهـدات على الدول غير الأطراف - المشار إليها - ص ص 18-27 .
(2) - راجع الصفحة (23) وما بعدها من هذا البحث .

المطلب الثاني : إشكالية تدوين العرف.

يقول أحد الكتاب : " إن المشاكل التي أثيرت بصدد اتفاقيات التدوين، توضح صعوبة وغموض التدوين في القانون الدولي"[1]. فما مصدر هذه المشاكل ؟
إن شكل العرف غير المكتوب له حصة الأسد في تزكية أوار هذه الإشكالية . كما أن التساؤل حول الطبيعة القانونية لاتفاقيات التدوين (مسألة سريان قانون المعاهدات عليها ، التسجيل ، التحفظ) يعد موضوعا لايقل أهمية منذا ، بالإضافة إلى مسألة أثر التدوين على القاعدة المدونة . فهل يقضي التدوين على القاعدة العرفية ، أم يغير من شكلها فقط ؟ وهل يسمح التدوين بتعديل واستبدال القاعدة أن التدوين ؟ وبعبارة أخرى ، هل يتم التدوين في إطار ما هو موجود « lex lata" أم في إطار ما يجب أن يكون " Lex ferenda » ذلك ما ندرسه في الفروع الآتية .

الفرع الأول : الإشكالية الناجمة من الشكلية .

تعتبر هذه المسألة مسألة عملية ، تواجه المتعاملين من العرف . ولقد رأينا كيف تلجأ المحكمة أو أحد أطراف النزاع إلى إثبات القاعدة المعنية .
يترتب على الصيغة النظرية للعرف، ما يسميه فقهاء القانون الدولي بالمرونة، وهو ما يعرقل مساعي المدونين . إذ ما هو الحد الذي يتم تدوينه من القاعدة العرفية ؟
ثم إن المرونة وعدم وجود صيغة واضحة ، تزرع في القاعدة نوعا من الغموض وعدم التأكيد ، وهو ما يجعلها مثار الجدل . ولذلك ظهرت عدة صعوبات في مفاوضات فيينا لإبرام إتفاقية قانون المعاهدات ، خاصة فيما يتعلق بموضوعي التغير الجوهري للظروف والقواعد الآمرة الدولية . ونتيجة لهذه الصعوبات ، تساءل البعض[2] عن المعيار الذي ينبغي أن يتبعه المدونون ؟ هل يكتفون بالقواعد العامة أم تعمل مهمتهم الأعراف الإقليمية ؟ وهل تنتهي مهمتهم في حدود ما هو موجود ، أم تمتد إلى ما يجب أن يكون ؟ وإلى أي مدى ؟

---

(1) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 125 .

(2) - L' huilier (J) , ELEMENTsDe droit international public,cit, page : 227 .

لقد لوحظ منذ سنة 1924 أن المطالبة بتدوين القانون الدولي ، يعتبر من قبيل المطالبة بتحقيق أمر صعب . وهكذا نجد لجنة الخبراء تبلغ الدول الأعضاء بالمواضيع التي تشكل محور مؤتمر لاهاي سنة 1930 (الجنسية ، البحر الاقليمي ، المسؤولية الدولية)(1) .

لعل هذه الصعوبات هي التي أدت بمؤتمر " سان فرانسيسكو " إلى إيراد نص المادة (1/13.أ) من ميثاق الأمم المتحدة ،التي تقضي بأن تثير الجمعية العامة الدراسات وتصدر التوصيات لغرض تطوير التعاون الدولي في الميدان السياسي ، وتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولي وتدوينه ، ولعل عمل الجمعية العامة -باعتبار تصرفاتها صادرة بالأغلبية -يمكنه أن يسهل في التوفيق بين المواقف المتضاربة حول مادة الفرق . كما أن فكرة " تطوير القانون الدولي " يمكنها أن تعطي الجمعية العامة " حرية "إصدار تصرف ما في حالة وجود الغموض . أو تكون لها الحرية في تفسير و تحديد القواعد تحت غطاء التطوير .

إن عبارة ". التقدم المضطرد للقانون الدولي وتدوينه " حازت على اهتمام المعنيين بالتدوين . وهكذا نجد المادة (15) من نظام لجنة القانون الدولي تفرق بين التدوين والتطوير ، والمواد من (16) الى (23) تحدد تقنية كل منهما(2)

وجدير بالذكر ، أن المادة (15) كانت موضوعا لانتقادات الكتاب ولجنة القانون الدولي ، ذلك لأنهم يعتقدون بأن كل عملية تدوين حقيقي ، تشتمل على عنصر تقدم وتطور القاعدة . وبعبارة أخرى ، فإنهم يجعلون هدف التدوين متعدد الجوانب : إنه استنتاج وصياغة وأقلمة وتطوير وإنشاء القواعد العرفية(3).

الفرع الثاني: النظام القانوني لاتفاقيات التدوين .

نحاول الإجابة في هذا الفرع عن الأسئلة الآتية :

هل يسري قانون المعاهدات على اتفاقيات التدوين ؟ وهل تعتبر هذه الإتفاقيات عقدية أم شارعة ؟ فإذا لم تكن عقدية أو شارعة فما هي طبيعتها القانونية ؟

---

(1) ـ لقد أشارت اللجنة إلى وجود (7) مواضيع سنة 1926 وإلى (4) مواضيع سنة 1927 ولم يبق منها سوى الثلاثة المذكورة في المتن . راجع في ذلك رسالة " ماتيسكو نيقولا " المشار إليها سابقا ـ ص 317 وما بعدها .

(2) ـ جعفر عبد السلام علي ـ وظيفة لجنة القانون الدولي ـ المرجع السابق ـ الصفحة 193 ـ 195 .

(3) - ANJAK (F) , la codification des principes de coexistence pacifique Alger , S.N.E.D . 1982, P: 224; et voir DAUDET(Y) ,J.C.D.I,cit,P:10113

إذا نظرنا إلى الإجراءات المطلوبة لإبرام المعاهدات، فإننا نجدها متوفرة في اتفاقيات التدوين، حيث يسبق إبرامها إجراء مفاوضات، يشارك فيها مندوبو الدول، يتحدث كل واحد منهم باسم دولته. كما تخضع هذه الإتفاقية للتوقيع والتصديق. كل ذلك يؤكد عدم اختلافها عن المعاهدات الأخرى، من الناحية الشكلية . لكن هل يطبق قانون المعاهدات عليها ؟

عمليا لايمكن نفي ذلك، لأن القانون العرفي هو الذي يدير المعاهدات، بدليل وجود اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي معظم أحكامها عرفية [1]. لكن هل يشمل ذلك آثار اتفاقيات التدوين .

المعروف قانونا، أن آثار المعاهدات نسبية، ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة دولة ليست طرفا فيها . فهل يصدق ذلك على اتفاقيات التدوين ؟

إن القول بعدم سريان اتفاقيات التدوين على غير أطرافها، يؤدي إلى نتيجة وخيمة على العرف، حيث تكون اتفاقيات التدوين حائلا دون سريان بعض القواعد العرفية، لعدم وجود بعض الدول الأطراف فيها، في اتفاقية التدوين .وهذا ما يناقض الهدف الذي وجد التدوين من أجله . وعليه فإن بعض الكتاب يرون - بحق - أن اتفاقية التدوين لاتسري على غير أطرافها [2] لكن الأعراف تبقى سارية على كافة أطرافها، سواء كانت هذه الدول أطرافا في التدوين أم لم تكن [3].

وبعبارة أخرى، فإن هؤلاء يفرقون بين الناحية الشكلية والناحية الموضوعية لاتفاقية التدوين. حيث تكون الإتفاقية - من الناحية الشكلية - سارية على أطرافها. ومن الناحية الموضوعية تكون سارية على كافة أطراف القاعدة العرفية المدونة .

إن هذه الإجابة لاتثير صعوبة حين يتعلق الأمر بجمع القواعد المستقرة. لكنه يصعب الأمر فيما يتعلق بتطوير القانون العرفي، وهو ما يتحقق عندما يكون التدوين أساسا لاستبدال قاعدة عرفية أو تعديلها أو تكريس قاعدة في طور النشوء .

وفي الحقيقة، ينبغي التمييز بين الحكم العرفي والحكم الإتفاقي . إذ أن الأول يتكون عبر الزمن، والثاني يتكون بصورة سريعة .

---

(1) - ترى الأستاذة " ماريك " بأن القاعدة تابعة للعرف من عدة نواحي:من بينها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " التي تمنحها القوة الملزمة . راجع في ذلك مقالتها بعنوان :

- MAREK(K) , contribution à l'étude de Jus - cogens
cit , P : 433.434.

(2) - DAHDET(Y) , les sources de droit international , J.C.D.I .FASC 13D
cit, P: 13.

(3) - وهذا ماصرحت به ديباجة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969 .

فإذا كانت أقلمة واستبدال العرف تتم بطريقتين : المعاهدة والعرف ، فإن القاعدة المستبدلة أو التي تمت أقلمتها تطبق على أطرافها التقليديين ، بالطريقة التي تطبق بها الأحكام الجديدة ، أي عن طريق الرضاء بها . أما الاستبدال الاتفاقي ، فيسري عليه الحكم النسبي ، المعروف في التصرفات الإتفاقية (1).

وتبعا ، فإن اتفاقية التدوين يمكن أن تشتمل على نوعين من القواعد : القواعد العرفية والقواعد الاتفاقية . بل أن القاعدة العرفية ، يمكن أن يجزئها التدوين ، حيث يقبل جزءا منها ، ويعدل الجزء الآخر .

يطبق نفس الحكم بالنسبة لتكريس قاعدة في طور التكوين ، حيث لا يسري حكمها على الأشخاص الدولية غير الأطراف ، باعتبارها لم تتمتع بصفة القاعدة العرفية بعد . بل أن الإلزامية التي تتمتع بها جاءتها من قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " .

إذا عدنا إلى المادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة ، التي تشترط تسجيل المعاهدات . فإننا نجد اتفاقية التدوين ليست إلا معاهدة دولية ، وبالتالي فإنها تخضع لهذا الإجراء (2). لكن ماذا يعني تسجيل المعاهدات ؟

إن المادة (2/102) من ميثاق الأمم المتحدة تقدم لنا الإجابة بقولها : "لا يستطيع أي طرف في معاهدة أو اتفاقية غير مسجلة طبقا للفقرة الأولى من هذه المادة . أن يتمسك بالمعاهدة المعنية أو الإتفاقية المعنية أمام أي جهاز من أجهزة المنظمة . " .

فالتسجيل إذن هو شرط للإحتجاج بالمعاهدة المعنية أمام أجهزة المنظمة ، بما في ذلك محكمة العدل الدولية ، التي تعتبر الجهاز القضائي الرئيسي للمنظمة ، كما توضح المادة الأولى من نظام المحكمة المعنية . لكن ، أيشمل هذا الحكم اتفاقيات التدوين ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الإجابة عن سؤال آخر هو (3) : هل يؤدي التدوين إلى اختفاء القواعد العرفية ؟

---

(1) - DAUDET (Y) , J.C.D.I.., Fasc.13 O. cit , P: 20.21 .

(2) - DEVISSCHER(ch) , la coutume et traité en droit international public , REVUE génerale de droit international public N° 3,1955, paris , pédone, 1955,P.11.

(3) - سندرس ذلك بإسهاب في الفرع الثالث تحت عنوان أثر التدوين على القاعدة العرفية إبتداء من الصفحة (147) من هذا البحث .

إذا كان التدوين يؤدي إلى إختفاء القاعدة العرفية، فإنه يكون من الضروري استيفاء الشروط المتعلقة بالتسجيل، ليتسنى الإحتجاج بتلك الاتفاقية، أمام أجهزة منظمة الأمم المتحدة. أما إذا كانت نتيجة التدوين مخالفة لذلك كما يعتقد البعض(1)، فمعنى ذلك أن الإحتجاج بالقاعدة لايحتاج مثل هذا الشرط. وعليه، فإنه يتم الإحتجاج بالقاعدة سجلت أم لم تسجل(2)، طالما أن العرف لايحتاج التسجيل بأمانة منظمة الأمم المتحدة، بل أنه لايشترط التدوين للإحتجاج بقاعدة عرفية أمام أجهزة تلك المنظمة. ولذلك فإن هذه الإتفاقيات تختلف عن المعاهدات الأخرى من حيث أهمية التسجيل، وهنو ما يميزها عن غيرها من الاتفاقيات الدولية.

وأخيرا، هل تنتمي اتفاقيات التدوين إلى صف المعاهدات العقدية أم إلى صف المعاهدات الشارعة؟

إن المعاهدة العقدية هي التي تنشيء الحقوق والإلتزامات التي تنتهي بمجرد مرور فترة معينة تكفي للوفاء. وبعبارة أخرى، فإنها تنشيء مراكز قانونية خاصة(3)، ولما كانت اتفاقيات التدوين تضم عددا كبيرا من الدول، فإنها مستبعدة من إنشاء مراكز خاصة.

أما المعاهدات الشارعة، فهي التي تنشيء مراكز قانونية عامة مستمرة وثابتة. ومعلوم أن اتفاقيات التدوين تحتوي على مثل هذا النوع من القواعد. لكن أيمكننا القول بأنها شارعة؟

في الحقيقة، لايحق لنا قول ذلك، لأن تلك الإتفاقيات لم تنشيء المراكز العامة المستقرة والثابتة، وإنما احتوتها فقط. فما هي الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقيات؟

إن اتفاقيات التدوين معاهدات تسري آثارها في مواجهة الكافة، ويجوز الإحتجاج بها أمام أجهزة الأمم المتحدة رغم عدم تسجيلها (في حالة وجود هذه الحالة)، وأنها ليست عقدية ولاشارعة، إنها معاهدات ذات طبيعة خاصة. تسمى اتفاقيات التدوين.

---

(1) - THIERRY(H) , Op- cit, P: 125.

(2) - يصعب تصور ذلك بالنسبة للأعمال التي تشرف عليها منظمة الأمم المتحدة.

(3) - SORENSEN (M) , les surces ; cit , P: 60 .

الفرع الثالث: أثر التدوين على القاعدة العرفية .

يمكننا تفسير العنوان بالسؤال الآتي : هل يحدث التدوين تغييرا على القاعدة العرفية ؟

يتنازع الإجابة عن هذا السؤال اتجاهان : أحدهما يقر بالتأثير والآخر ينكره .

1 - الإتجاه المقر بالتأثير :

يعتقد أنصار هذا المذهب بأن اتفاقيات التدوين تحل محل القاعدة العرفية وفي ذلك يقول الأستاذ " توسكوز" :(1)

" التطبيق الفعلي لهذه المعاهدات (اتفاقيات التدوين) يهدف إلى إلغاء العمل العام ، ثم اختفاء العرف القديم . " . وهكذا تكون اتفاقيات التدوين من بين التصرفات التي يسقط بها العرف .

هناك عدة صعوبات تواجه هذا الفريق ، منها حجية القاعدة المكتوبة . فهل ينزع التدوين الحجية من القاعدة المدونة أم يبقيها على حجيتها ؟ وبتعبير آخر، هل تسري اتفاقيات التدوين على غير أطرافها ؟ وما السبب في ذلك ؟

يجد هؤلاء أنفسهم أمام موقفين حرجين : إما الإعتراف بنسبية آثار اتفاقيات التدوين ، وهو ما يعتبر تقليصا لميدان سريان القاعدة العرفية لسبب شكلي . وهو غير مرغوب فيه ، لأنه لا يخدم القانون الدولي ؛ الذي يهدف إلى تكريس قواعده وليس التحلل منها .

أما الإختيار الثاني ، الذي يكون أنصار هذا المذهب أمامه ، فهو الإعتراف بالأثر الشامل لحجية اتفاقيات التدوين . وهو ما يعتبر خروجا عن القاعدة العامة لسريان آثار المعاهدات ، من غير سائغ قانوني .

أما الصعوبات الأخرى التي يمكن أن تواجههم ، فإنما تكمن في إمكانية تعطيل الأعراف ، في حالة عدم سريان اتفاقية التدوين بسبب تأخر التصديق(2) . حيث نكون أمام وضع رهيب لنقض القواعد القانونية الدولية . وقد يجيب هؤلاء ، بأن الأثر يكون بعد دخول اتفاقيات التدوين مرحلة النفاذ ، غير أن هذه الإجابة لا تعتبر مخرجا من الورطة . إذ كيف العمل إذا توقفت المعاهدة عن السريان بسبب الحرب ؟

---

(1) -TOUSCOZ(J) , le principe d'effectivite dans l'ordre international, cit, P: 183.

(2) - راجع الجدول المعد لذلك في الصفحة (184) من هذا البحث .

هناك نفر آخر يقول بأن التدوين يحول القاعدة العرفية إلى قاعدة اتفاقية. ومن بينهم الأستاذ " جاني قريفوار "(1). لكن ماهي حدود هذا التحول ؟ أهي موضوعية أم شكلية ؟ وهل تفقد القاعدة العرفية المحولة جميع خصائصها العرفية أم أنها تفقد البعض وتحافظ على البعض الآخر ؟ فإذا كانت تفقد صفتها العرفية فإن حجيتها تصبح نسبية ، لأنها تأخذ حينئذ حكم القاعدة الإتفاقية. أما إذا كان التحول شكليا فقط، فإنها تبقى محتفظة بحجيتها العامة. وعليه ، فإن القول بتحول القاعدة العرفية إلى قاعدة إتفاقية قول مرفوض.

2 - الإتجاه المنكر لتأثير اتفاقية التدوين على القاعدة العرفية.

يرى أنصار هذا المذهب بأن التدوين لايمحي القواعد العرفية ، بل يعتبر عملية تغيير في الشكل فقط. ولذلك فإن البعض منهم يعتبر اتفاقيات التدوين من قبيل الإتفاقيات الكاشفة(2). ولكن البعض منهم لم يتخذ موقفا واضحا فالأستاذ " جيرو " مثلا. تكلم عن الإتفاقيات الكاشفة للقانون ، والإتفاقيات المنشئة له. واعتبر اتفاقيات التدوين من قبيل الصنف الأول. غير أنه تكلم عن مسألة إحلال(3) اتفاقيات التدوين محل القواعد العرفية ، عندما تكلم عن إلغاء العرف.

فهل يعني ذلك أن الإتفاقيات الكاشفة تخفي أو تهدم القواعد التي اكتشفتها ؟ إذا كان الأمر كذلك ، فما الهدف من الكشف ؟ والغريب في الأمر أن الكاتب السالف الذكر ، اعتمد على قول الأستاذ " دي روسو " المتمثل في أن التدوين يشكل " امتداء ا نظاميا للقواعد العرفية إلى صنف القواعد المكتوبة. "(4)

وفي الحقيقة ، فإن القاعدة المكتوبة لاتعني القاعدة ذات المنشأ الاتفاقي فقط. لقد استعمل الأستاذ " روسو " كلمة تمتاز بمدلول مادي ، أكثر منه بالمدلول القانوني ؛ فقال " القواعد المكتوبة " مراعيا - على مانعتقد - بأن تحول العرف إلى قاعدة مكتوبة ، لايعني تحوله إلى قاعدة اتفاقية. وبعبارة أخرى ، فإن الأستاذ يقصد من هذه الكلمة التحول الشكلي ، مع بقاء الجانب الموضوعي كما هو. وتبقى الحجية هي. ولذلك فإنه كان محقا في اختيار الكلمة المناسبة.

---

(1) - GIANNI(G) , Op-cit, P: 166.

(2) - GIRAUD (E) , Op - cit , P: 768.

(3) - GIRAUD (E) , ibid , P: 777.

(4) - THIERRY (H) , Op -cit, P: 125- 127 et Voir GIRAUD(E), ibid, Page, 768.

إن التحول إلى قاعدة اتفاقية ، يصحبه التحول في حجية القاعدة العرفية ، ولذلك لم يوفق الأستاذ "جيرو" في تحليله . بدليل ما يقوله الأستاذ "تييري"[1]:
"... تدوين العرف، الذي يعني تغييرا بسيطا في الشكل القانوني ، وليس كما هو مألوف في القانون الداخلي ،تغييرا جذريا للنظام القانوني . "

إن حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري سنة 1969 يؤيد هذا الإتجاه ، حين قرر بأن القاعدة المدونة ينبغي أن تكون محل اعتراف عام من طرف الدول وقالت على الخصوص :[2]
"وأن عمل الدول ينبغي أن يشكل اعترافا عاما ، بأن قاعدة قانونية ما (...) هي المعنية ."

وبعد كل هذا ، ماهي الغاية من اتفاقية التدوين ؟

مما لاشك فيه ، أن التدوين يضع ضبطا للقواعد العرفية ، فيسهل الرجوع إليها . بل أنه - كما يقول البعض -[3] يشكل دليل وجود العرف في بعض الحالات ، وكأن الدول المصوتة على الاتفاقية ، تعبر عن رأيها بأن تلك الإتفاقية (التدوينية) تمثل قانونا . وهذا اتجاه متقبول ، لأن التصويت أو التوقيع على المعاهدة لايضفي عليها صفة القانون، بل التصديق هو الذي يضفي عليها تلك الصفة . أما في اتفاقيات التدوين ، فإن التصويت فقط يكفي لإثبات تلك الصفة . غير أن ذلك لايعني بالضرورة الوضع الثابت لاتفاقيات التدوين ؛ إذ يمكن أن تحتوي قواعد مستقرة وثابتة ، كما يمكنها أن تتضمن قواعد في طور التكوين ، أو أنها تكون أساسا لظهور قاعدة في المستقبل[4].

إذا كان الأمر كذلك ، فما أثر التحفظ، التعديل والإستبدال على القاعدة العرفية ؟

يمكننا دراسة موضوع التحفظ من زاويتين :

أ- زاوية الدول الجديدة غير الأطراف في العرف العام ؟

ب- زاوية الدول الأطراف في القاعدة المعنية ؟

---

(1) - THIERRY (H) , Op -cit , P: 107.

(2) - Voir EISEMANN(PM), Petit manuel de la jurisprudence dela CIJ, 3° edition , p aris pédone, 1980,P: 433

(3) - GIRAUD(E), Op - cit , P: 769.

(4) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 129.

أ - فيما يخص الزاوية الأولى يقتضي المنطق إمكانية التحفظ على القواعد التي لم ترتبط بها الدول بعد ، بشرط ألا تكون آمرة . وموقف محكمة العدل الدولية في رأيها الإستشاري حول التحفظ على اتفاقية منع الإبادة سنة 1951 لايتعارض مع هذا الإتجاه (1)

ب - أما فيما يخص الشخص الدولي الطرف في القاعدة العرفية ، فإنه يبدو من غير الممكن التحفظ أثناء التدوين لأن السماح بالتحفظ ، في تلك المرحلة ، يؤدي إلى القضاء على عمومية القاعدة المعنية ، ولأن الشخص الدولي المعني كان قد اعترف بها أو ساهم في تكوينها . وعلى كل فإن السماح بالتحفظ أثناء التدوين يخلق عدة مراكز قانونية في اتفاقية واحدة وإزاء قاعدة واحدة.

أما فيما يتعلق بالإستبدال و التعديل ، فانه يكون مسموح بهما . ولعل سائل يسأل : كيف لايسمح بالتحفظ ويسمح بالتعديل والإستبدال ؟

وفي الحقيقة ، فإن التحفظ يشكل حالة خاصة ، باعتباره يتعلق بدولة واحدة أو عدد محدود من الدول ، أي أنه وحيد الطرف ، بتعبير المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات . ويفترض (التحفظ) وجود الحكم العام ، وهذا مايوافق رأي محكمة العدل الدولية الإستشاري المشار اليه أعلاه (2) . أما التعديل أو الإستبدال فهي حالة عامة ، تتم بموافقة عدد كبير من الدول ، أو أغلبها ، حتى يتم تبنيها في النهاية . وهو ما يعتبر وسيلة لأقلمة العرف وتقدمه المضطرد (3)

ولذلك يسمح بهما ، لكن ماحكم القاعدة المعدلة إزاء الأطراف القديمة ؟

إن تعديل القاعدة العرفية يعني تجزئة القاعدة إلى شطرين أحدهما قديم والآخر جديد . الأول يسري على الأطراف القديمة سواء كانت - عضوة في الإتفاقية أم لم تكن . وأما الشطر الثاني فإنه يسري على الدول الأطراف في الإتفاقية فقط (4) باعتبار ذلك الحكم اتفاقي المنشأ ، ويستمر الوضع على حاله حتى يتحصل الجزء المستبدل أو المعدل على صفة القاعدة العرفية العامة ، لكي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الدول غير الأطراف في الإتفاقية ، إن اعترفت بذلك الحكم ، أو انضمت إلى الإتفاقية المعنية .

---

(1) - CIJ , Recueil ,1951 , P: 21.

(2) - CIJ , Recueil , 1951 , P: 24 .

(3) - DAUDLT(Y) , Op-cit ,P: 17.19.

(4) - جير هارد فان غلان - القانون بين الأمم - ترجمة عباس العمر - الجزء الأول الطبعة الثانية - بيروت - دار الآفاق الجديدة 1970 . ص 23 وانظر تونكين المرجع السابق - ص 97 .

وأخيرا ما هو تأثير العرففي إتفاقية التدوين ؟ فهل يمكن تصور هذا الإفتراض؟ يثير هذا السؤال مسألة عرضية اتفاقيات التدوين ، بأن تكون معرضة للتعديل بفعل الأعراف اللاحقة . وجدير بالذكر أن لجنة القانون الدولي كانت قد قبلت هذا الإفتراض إبان تحضيرها لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[1]. ولكن لم يتم إيراد نص خاص به في الإتفاقية . فما السبب في ذلك ؟

يعود السبب إلى أن أصل هذه القواعد (المدونة) إنما هو عرفي ، والمعروف أن القاعدة العرفية اللاحقة تلغي السابقة . ثم إن اتجاه تصرفات أشخاص القانون الدولي إلى ترك النصوص الواردة في الإتفاقية المدونة ، إنما هو عزوف عنها ، وإبداء للرغبة عن تغيير أحكامها - يعمل هذا الحكم المعاهدات غير التدوينية - وبذلك يستطيع العرف تعديل أو إلغاء القواعد المقننة . وهكذا يبقى العرف الأداة " السحرية " التي يتطور القانون الدولي من خلالها . وبعبارة أكثر دقة ، فإن سبب عدم إيراد نص يقضي بإمكانية تعديل العرف للقواعد المدونة ، في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، يكمن في أن ذكر الحكم في الإتفاقية وعدم ذكره يتساويان . لأن التطور يقضي بذلك ، ولأن هذا التأثير يعد تحصيل الحاصل .

المطلب الثالث : دواعي تدوين العرف .

يمكن تصنيف مؤيدات تدوين العرف إلى صنفين رئيسيين :
مؤيدات مستمدة من طبيعة القاعدة العرفية في ذاتها ، ومؤيدات مستمدة من المحيط الذي تعيش فيه تلك القاعدة .

الفرع الأول : المؤيدات المستمدة من طبيعة القاعدة العرفية .

تمتاز القاعدة العرفية بالغموض وعدم التحديد . وهذا ما يجعلها مثار الجدل والخلاف المستمر بين الدول ، وكمثال على ذلك ما وقع في محاولة تدوين مبادئ التعايش السلمي سنة 1960[2]. وما وقع بصدد التغير الجوهري للظروف والقواعد الآمرة وعيوب الرضا (خاصة الإكراه) في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات .
يستمد الغموض جذوره من المرونة التي تتوفر عليها القاعدة العرفية ، مما يؤهلها للتمسك بها وإثارتها في عدة مناسبات ، وكأنها المنفذ المأمون للخروج من المضايقات

---

(1) - THIERRY (H) , Op -cit , P: 128.

(2) - CHAUMONT(ch) , cours gén éral de DIP , R.C.A.D.I, cit, P:377etSS.

التي تتولد عن كبريات المشاكل المواجهة لعلم القانون(1).

تضرب المرونة، وما يترتب عنها من غموض، بتيار من التشكك حول وجود العرف. مما يجعل تدوينه في غاية الأهمية، حيث يتحقق إثبات القاعدة بسهولة(2). الأمر الذي يسهل مهمة اشخاص القانون الدولي في الرجوع إليه، ويسهل كذلك مهمة القاضي بتوفير الدعائم والأسانيد التي يستخدمها في حيثياته، للحكم في القضايا المعروضة. وبكلمة نقول مع الأستاذ " دودي " بأن التدوين وجد لتدعيم حجية العرف(3). ومما لاشك فيه، أن الوضوح والدقة اللذان يرافقان عمليه التدوين، يسهلان تطبيق وتفسير الأحكام المعنية(4)

ومع ذلك، ألا يمكن أن يكون التدوين مدعاة لجمود القانون؟ وبعبارة أخرى، يمتاز العرف بالمرونة وسرعة التأقلم مع الواقع، فهل يقضي التدوين على هذه القابلية؟

قبل الإجابة على هذا السؤال، ينبغي الإطلاع على المعنى الحقيقي للتدوين. يعني التدوين من الناحية الإصطلاحية " العملية التي تهدف إلى إعلان قواعد القانون الدولي في شكل مكتوب، في إطار منظم، وبطريقة ملزمة للدول المشاركة، سواء تعلق ذلك بمجموع قواعد القانون الدولي أو بمادة معينة."(5) لكن هل تتبنى الأجهزة المكلفة بالتدوين هذا التعريف؟

إن المادة (13) من ميثاق الأمم المتحدة، التي تكلمت عن التدوين، تضمنت تطوير القانون الدولي، وهو ما كرر في المادة (15) من نظام لجنة القانون الدولي بل أن هذه الأخيرة ذهبت إلى أبعد من ذلك حين لم تفرق بين التدوين والتطوير حيث قالت - بصدد المؤتمر الأول لقانون البحار - سنة 1956 مايلي:

" إنه على الأقل في هذه المادة، يصعب التمييز بين العمليتين (التدوين والتطوير")(6)

أي أن التدوين يتضمن قسطا من التطوير التدريجي، وهو ما يفند المقولة القائلة بأن التدوين يجمد القانون.

---

(1) - QUADRI(R) , cours général de DIP,R.C.A.D.I,cit, 321.

(2) - Voir , GIRAUD (E) , OP -cit , P: 768.

(3) - DAUDET(Y) , OP. cit. , P:19.

(4) - VELLAS(P) , droit international public , cit , P: 95et voir, DAUDET (Y) , ibid, P: 03.

(5) - Voir , DAUDET(Y) , ibid , P:03.

(6) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي ... المشار إليه 165.

إن التطوير هو الحلم الذي كان يحدو البلدان النامية خلال مراحل مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار • وفي ذلك يقول الأستاذ صلاح الدين عامر : (1)

" تركز البحث في المؤتمر الثالث حول تطوير القانون الدولي التقليدي من خلال رغبة عارمة في صياغة قواعد جديدة • تتوافق مع روح العصر • وتستجيب لمتطلباته "

لكن ما هي حدود التطوير الذي يصحب التدوين ؟

ينبغي أن لانغالي في مناصرة التطوير الذي يصاحب التدوين ، لأن مقاليد اعتماد وتبني اتفاقيات التدوين (التوقيع والتصديق) يبقى دائما بيد الدولة ذات (السيادة)، ومن ثم فإن مؤسسة التطوير تستعمل بحذر وعناية • وهو ما جعل البعض يعتبر هتين المفهتين تعرقلان تطور القانون الدولي(2)، وجعل البعض الآخر يحاول ربط تطوير القانون بمدى تطور المجتمع الدولي • وهو ما نعتبره إجابة في غاية المرونة والدقة •

وفي ذلك يقول الأستاذ " جعفر عبد السلام علي " :(3)

" وهكذا يؤمن المجتمع الدولي ، بأن الوسيلة المثلى للتغلب على هتين المشكلتين (مشكلتي التغير الكمي والكيفي) هي تقنين القواعد القانونية الدولية • بحكم ما يحقق التقنين من وضوح القاعدة وتحديدها • وبحكم ما يوفره من تطوير للقواعد لكي تتماشى مع تطور المجتمع الدولي • " وذلك ما تم في إطار المؤتمر الثالث لقانون البحار ؛ الذي شهد بعض التقدم في بعض أحكامه ، جامعا بذلك بين التدوين والتطوير(4).

تلك هي بعض المؤيدات الواضحة التي تدفع حركة التدوين إلى الأمام ، منطلقة من طبيعة القاعدة في ذاتها • فما هي الظروف الخارجية الداعية إلى التدوين ؟

الفرع الثاني : المؤيدات المستمدة من محيط القاعدة العرفية •

شهد المجتمع الدولي تغيرات كمية وكيفية ، في مرحلة ما بين الحربين العالميتين، حيث ارتفع عدد الدول الأعضاء في الأسرة الدولية من جهة ، كما ظهرت أنظمة سياسية جديدة وتكتلات دولية عديدة (الكتلة الغربية • الشرقية • عدم الانحياز) ، ولكل

---

(1) ـ صلاح الدين عامر ـ القانون الدولي الجديد للبحار ـ الطبعة الأولى ـ القاهرة دار النهضة العربية ـ 1983 ـ ص 14 •

(2) ـ DAUDET (Y) , Op - cit , P: 05.

(3) ـ جعفر عبد السلام علي ـ وظيفة لجنة القانون الدولي •• المشار إليه ص 191 •

(4) ـ عبد الله الأشعل ـ دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد العرفية لقانون البحار ـ المجلة المصرية للقانون الدولي ـ المجلد (35) سنة 1979 • ص 60 •

كتلة مبادئ وتطلعات تكاد تكون متناقضة لتطلعات الكتل الأخرى .

وطالما أن العرف يتكون من عمل الدول ، فإن أغلب قواعده تشكلت في غياب جل أعضاء المجتمع الدولي في الوقت الحاضر . وترتب على ذلك إغفال مصالحهم ، إن لم نقل إهمالها . ولذلك كانت فكرة إعادة صياغة قواعد القانون الدولي تراود الكثير من هذه الأشخاص الدولية ، رغبة في إقامة قواعد أكثر كمالا واستجابة لمتطلبات العصر (1) خاصة البلدان النامية . ونجم عن ذلك تبني مواقف متعارضة (2) بين الدول النامية والدول العظمى من جهة ، وبين الدول الرأسمالية والدول الإشتراكية - وعلى رأسها الاتحاد السوفياتي - من جهة ثانية . وكان الحل الأمثل لهذه الأزمة القيام بعملية التدوين (3) تشارك فيه كافة الدول المنتمية إلى حظيرة الأمم المتحدة .

وبعبارة أخرى ، فإن التدوين أصبح من متطلبات الواقع (4) . غير أن هذه العبارة تحتاج إلى تعليق . إذ ألم يكن واقع ما قبل وبعد العشرينات يتطلب التدوين ؟

المعروف أن عصبة الأمم حاولت منذ السنوات الأولى أن تتزعم حركة التدوين ، ولكنها منيت بالفشل الذريع - وللأسف - في مؤتمر لاهاي سنة 1930 . فما السبب في تقهقر حركة التدوين مع وجود متطلباته ؟

يعزو الأستاذ " AGO Roberto " سبب ذلك الفشل إلى سوء تحضير مؤتمر لاهاي سنة 1930 حيث لم تجتمع اللجنة سوى ثلاث مرات ولمدة أسبوع لكل منها (5) .

وبعبارة أخرى ، فإن مقترحات اللجنة ومشاريعها ، كانت غير متناسبة مع واقع متطلبات العصر ، في ظل ما تقبل به الدول . وكان الأفضل أن تنبثق المقترحات من المناخ الدولي ، لكن ما هو المناخ الذي يدعم حركة التدوين ؟

يذكر الأستاذ " صلاح الدين عامر " عدة عناصر تدخل ضمن توفر المناخ للقيام بعملية التدوين ، نذكر منها ما يلي :

---

(1) - GARNER(JW) , le developpement et les tendances récentes de droit international, R.C.A.D.I, 1931 I, T: 35, Bordeaux , CADORET, 1932, page: 677.

(2) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه . ص 66، 67.
وانظر كذلك تقرير :
- AGO(R) , la codification de doit international et les problèmes de sa réalisation , Melanges GENY , GENEVE, Tribune, année 1968, P: 93 - 95.

(3) - جعفر عبد السلام - وظيفة لجنة القانون الدولي.. المشار إليه . ص 191.

(4) - DAUDET(Y) , Op - cit , P: 63. C 2

(5) - AGO (R) , ibid , P: 102.

1 - التقدم العلمي والتقني: وهو سمة العصر في كافة المجالات، حيث أدى إلى قلب الموازين، وطرح العديد من التساؤلات، حول العديد من قواعد القانون الدولي التقليدية؛ إبتداء من امتداد المياه الإقليمية ووصولا إلى الطبيعة القانونية لأعالي البحار(1).

2 - ظهور الدول الجديدة وبروز العالم الثالث: حيث يتجاوز أعضاء منظمة الأمم المتحدة حاليا ما قدره ثلاثة أعضاء عدد الدول المساهمة في إنشاء المنظمة سنة 1945 (حوالي 159 دولة حاليا) . وأغلب هذه الدول صغيرة، ولذلك عمدت إلى توحيد جهودها للدفاع عن مصالحها المشتركة على الأصعدة السياسية والإقتصادية والقانونية . ورأت ضرورة إتجاه قواعد القانون الدولي إلى " العمل على إزالة الكثير من أوجه الظلم والجور الذي تعرض له جانب كبير من شعوب تلك الدول؛ التي ظلت ترزح تحت نير الإستعمار ... تمكنت خلالها الدول الإستعمارية استنزاف مواردها وتخريب إقتصادها ...." (2).

3 - التطلع إلى إقامة نظام اقتصادي دولي جديد:

لقد اتضح للعيان جور النظام الإقتصادي الدولي الحالي؛ حيث انخفاض أسعار المواد الأولية، وارتفاع أسعار المواد المصنعة، مقابل انخفاض معدلات الإنتاج والنمو لدى البلدان النامية . وهو ما أدى إلى حصول ثلاثة أرباع (3/4) سكان العالم - وهم يشكلون العالم الثالث - على نسبة قدرها (5،6 %) من العائد العالمي . كما أدى كذلك إلى انخفاض دخل الفرد في العالم الثالث انخفاضا رهيبا يقدر بحوالي واحد على ثمانية عشرة (1/18) بالمقارنة مع دخل الفرد في البلدان المتقدمة ..(3).

لقد حفز هذا الجور الدول النامية للبحث عن نظام بديل، وتبين لها أنه لن يتحقق ذلك إلا باعادة النظر في القانون الحالي؛ والتدوين بما يتضمنه من تطوير هو إحدى السبل المحققة لذلك كما يبدو .

---

(1) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - ص 15 -17.

(2) - صلاح الدين عامر - نفس المرجع - ص 19 .

(3) - صلاح الدين عامر - نفس المرجع - ص 22. وانظر محمد بجاوي - من أجل نظام اقتصادي دولي جديد - ص 28 .

4 - العمل الدولي المتضارب :

المعروف أن مواقف الدول كثيرا ما تتضارب بشأن موضوع معين ، ففي ميدان البحار مثلا ، نلاحظ تضاربا كبيرا في مواقف الدول في تحديد مياهها الإقليمية حيث يتراوح البعد الذي تتمسك به الدول من ثلاثة أميال[1] الى مائتي (200) ميل بحري[2]. وهذا تضارب كبير يدعو إلى إعادة النظر في أحكام اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي ، ويدعو كذلك إلى تبني مواقف توفيقية بين هذا وذاك .

5 - تطور القانون الدولي المعاصر :

بينما كان القانون الدولي التقليدي يهتم بالدول ، أصبح يهتم بالمجتمع الدولي ، ويتناول الفضاء ، التلوث ، إستغلال قيعان البحار والمحيطات ، حماية البيئة ... بالدراسة .

وبينما كان يهتم فقط بالدول باعتبارها العضو القانوني الدولي الوحيد ، أصبح يدرس ويعترف للمنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية بالمشاركة في أعمال المؤتمر الثالث[3] لقانون البحار .

6 - وجود أجهزة :

يضاف إلى ما سبق من العناصر ، أن الأمم المتحدة تبنت مهمة تدوين وتطوير القانون الدولي ، حيث أنشأت الأجهزة المكلفة بتلك المهمة ، وعلى رأسها لجنة القانون الدولي ، واللجان الخاصة والمؤتمرات التي تدعو الجمعية العامة إلى انعقادها وتشرف على أشغالها . وهذا ما تم في عدة أعمال تدوينية . لكن ما هو السند القانوني لهذا التطور .

إذا كان القانون الدولي التقليدي يعتمد الحقوق المكتسبة التي تكرس ثبات المراكز القانونية و"جمود" القانون ، من بين أسسه . فإن نظرية تغير الظروف إقتحمت ميدان القانون الدولي ، وأصبحت من مبادئه العرفية ، حيث قالت لجنة القانون الدولي بصدد المادة (62) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 ، بأنه توجد عدة أدلة تثبت وجود هذا المبدأ في القانون العرفي[4].

وبذلك تتوفر الأسانيد السياسية والإقتصادية والقانونية لتدوين وتطوير العرف .

(1) - منها : المانيا واستراليا والدانمارك وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية .

(2) - منها : الأرجنتين ، البرازيل ، الإكوادور ، بنما ، بيرو ، الصومال . راجع في ذلك صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - هامش ص 25 ، 26 .

(3) - عبد الله الأشعل - المرجع السابق - ص 59 .

(4) - THIERRY(H) , Op cit , P: 128.

المبحث الثاني

محاولات تدوين العرف

رغم أن تدوين أحكام القانون الدولي يعتبر حديث النشأة بالمقارنة مع القانون الداخلي ، فإنه شهد محاولات عديدة ومتنوعة من حيث القيمة القانونية ومن حيث التقنية المتبعة .

المطلب الأول : أنواع المحاولات .

هناك محاولات الأفراد ، محاولات المؤسسات العلمية والمؤتمرات الدبلوماسية ، وكذا محاولات المنظمات الدولية . وإذا أردنا تقسيمها من حيث القيمة القانونية فاننا نجدها تتفرع إلى المحاولات الفقهية والمحاولات القانونية .

الفرع الأول : المحاولات الفقهية .

يدخل ضمن هذه الفئة محاولات الأفراد ومحاولات المؤسسات العلمية .

الفقرة الأولى : المحاولات الفردية .

إن أولى المحاولات الجدية لتدوين العرف كانت محاولة " بنتام " في انجلترا سنة 1789 ، ثم تلتها محاولة " أبي قريقوار " في فرنسا سنة 1795 (1).

تزايدت المحاولات في القرنين التاسع عشر والعشرين (2) ففي الأول ظهرت عدة محاولات ، ابتداء من سنة 1846 ووصولا إلى 1895 . أولاهن محاولة " إسبان دو فيراتر " سنة 1847 حيث أصدر كتابا يحتوي على (414) مادة ، تحت عنوان " تقنين القانون الدولي" . غير أن الكاتب الذي ناصر التدوين بحماس ودعا إليه هو الأستاذ " ديميتري إيفانوفيتش" الذي أصدر أطروحتين: الأولى سنة 1858 والثانية سنة 1862 وألح على ضرورة التدوين عن طريق تكوين لجنة من علماء القانون في البلدان المتحضرة .

لقد صادفت سنة 1858 صدور كتاب " علم تقنين القانون الدولي" ، للكاتب الإيطالي " أوغيستو بارولدو " متضمنا (555) مادة ، وصدور كتاب " مختصر القانون الدولي" للأستاذ النمساوي" فان دومان بيترو شيفسكي" سنة 1861 .

---

(1) - DAUDET(Y) , Op -cit, P: 03.

(2) - MATEESCO (N) , Op- cit , P: 305 -308 et voir DAUDET(Y), ibid ,P:3

وفي سنة 1863 طبع " ليبيبير " في الولايات المتحدة الأمريكية ما يشبه تشريع الحرب البرية ، وتم تطبيق أحكامه في حرب الإنفصال .

بعد هذه المحاولات نصل إلى محاولة الأستاذ " بلانتشيلي " بسويسرا والتي تعتبر أكبر المحاولات حيث احتوت على (862) مادة ، وتم نشرها سنة 1866 .

بدأ التركيز على التدوين بصورة أكثر[1] منذ سنة 1872 حيث أصدر الكاتب البلجيكي " أدريان جوزيف بارا " كتابه " علم السلام " وأصدر " دودلي فيلد " الأمريكي في نفس السنة كتابا يحتوي على (1008) مادة ، ترجم إلى الفرنسية تحت عنوان :

" مشروع تقنين القانون الدولي "

وأخيرا نصل إلى أضخم محاولة يقدمها " باسكال فيوري " حيث أصدر في ايطاليا سنة 1890 كتابا بعنوان " تقنين القانون الدولي " يحتوي على (1895) مادة[2] .

لو تتبعنا هذه المحاولات لوجدناها تمركزت حول جمع المواد ، ومحاولة التوسع فيها . فبعدما وضع الأستاذ " أبي قريقوار " مشروعا يتألف من (21) مادة ، نجد الأستاذ " باسكال فيوري " وصل إلى (1895) مادة . فهل تستمر هذه الظاهرة بطول القرن العشرين ؟

شهد القرن العشرين عدة محاولات[3] ، فمنذ السنوات الأولى قام "دو بليكسيس" بفرنسا بإصدار كتابه " مشروع تقنين القانون الدولي " سنة 1906 ، متضمنا (786) مادة ، ثم جاءت محاولة الأستاذ " جوروم آلتيور نوسيا " الكندي بعنوان :
" التقنين الجديد للقانون الدولي " متضمنا (5657) مادة .

إلى هذا التاريخ لازال أسلوب القرن التاسع عشر مسيطرا . لكن نقطة التحول بدأت من محاولة الأستاذ الشيلي " آلفاريز " الذي أصدر كتابا يتناول المبادئ الأساسية للتدوين ، أسماه : " تقنين القانون الدولي " و أصدره سنة 1912 . ثم محاولة " كلسن " الذي أصدر مؤلفه في ثلاثة حجوم : الأول سنة 1911 تعرض فيه للتاريخ والمقدمة ، والثاني سنة 1917 ، تناول فيه القانون الدولي العام ، والثالث سنة 1920 وخصصه للقانون الدولي الخاص .

---

(1) -- MATEESCO(N) , Op - cit , P: 308 ..

(2) - -- MATEESCO(N) , ibid , P: 308.

(3) - - MATEESCO(N) , ibid , P : 309 .

بدأت محاولات الأفراد تتضاءل بظهور المنظمات الدولية في بداية العشرينات. وجدير بالذكر أن كل المحاولات الفردية لم يتم تبنيها باستثناء محاولة الأستاذ " BUSTAMENTE " الكوبي. التي تبناها مؤتمر " بان أمريكان" في الدورة السادسة المنعقدة في هافانا سنة 1928، ومع ذلك تبقى كل المحاولات ذات قيمة فقهية لايستهان بها لإفادة أية محاولة تدوين مستقبلية.

الفقرة الثانية : محاولات المؤسسات العلمية.

أحدث الإهتمام بالقانون الدولي في القرنين التاسع عشر والعشرين ظهور عدة مؤسسات علمية تتناوله بالدراسة والتحليل. نذكر منها ما يلي[1]:

- معهد القانون الدولي وتم تأسيسه سنة 1873.
- جمعية القانون الدولي، انشئت في بروكسل سنة 1873، وتم تعديلها وتنظيمها سنة 1895.
- اتحاد ما بين البرلمانات، أسس سنة 1884.
- الجمعية الأمريكية للقانون الدولي، وقد ظهرت سنة 1906.
- المعهد الأمريكي للقانون الدولي وتم تأسيسه سنة 1912 بواشنطن.
- جمعية " غروسيوس " ولدت في لندن سنة 1915.
- الجمعية الألمانية للقانون الدولي وظهرت سنة 1917.
- المعهد القانوني الدولي" institut juridique international " أسس في لاهاي سنة 1919.
- جمعية " فرانسيسكو دو فيتوريا " إنشئت عام 1926 بمدريد.
- أكاديمية القانون الدولي وأنشئت في بداية العشرينات.
- جمعية " الشيباني أبو الحسن " للقانون الدولي وأنشئت بألمانيا.
- الجمعية المصرية للقانون الدولي وظهرت بعد الحرب العالمية الثانية.
- جامعة هارفارد.

---

(1) - راجع في ذلك: - MATEESCO (N) , Op-cit , P: 110. et voir THIERRY(H); droit international public , cit , P: 125 /

تـقـدم هذه المؤسسات يد المساعدة للراغبين في التدوين ، عن طريق إصدار الدوريات السنوية " les annuaires " وتنظيم الملتقيات ، وإصدار الكتب . بل أنها تعمد أحيانا إلى نشر مشروع تدوين لمادة معينة .

وهكذا ، فإن أكاديمية القانون الدولي تصدر دواوين الدروس . وفي سنة 1973 كانت قد أصدرت (137) حجما ، تشمل (753) درسا[1] وبلغ عدد الحجوم سنة 1982 (172) حجما . وجدير بالذكر أن هذه الدروس متنوعة من حيث طبيعتها[2]. فبينما نجد البعض منها يتعلق بالأسس التاريخية للقانون الدولي ، فإننا نجد البعض الآخر يستني بتطوره ، وأثر العقيدة عليه .

يدخل ضمن هذا النشاط نشر الوثائق الإعلامية ، الكتب والدوليات السنوية للأعمال ، كما تفعل عدة مؤسسات نذكر منها الجمعية الألمانية وجمعية فرانسيسكو دو فيتوريا على سبيل المثال .

غير أن الأعمال الأكثر قربا من التدوين ، هي المشاريع التي تقدمها بعض المؤسسات ، حيث قدم معهد القانون الدولي عدة مشاريع نذكر منها[3] : مشروع موجز تشريع الحرب البرية والحرب البحرية (سنتي 1880و 1931) وإعلان الحقوق الدولية للإنسان ، اتساع التحكيم الإلزامي ، وثيقة الطبيعة القانونية للآراء الإستشارية للمحكمة الدائمة للعدل الدولية ، كما قدم سنة 1924 مشروع تقنين للقانون الدولي للسلم ، ونشر سنة 1925 تقنينا خاصا بالقانون الدولي الخاص ، على غرار مشروع القانون الدولي الجوي ، الذي تقدمت به جمعية فرانسيسكو[4] دو فيتوريا

الفرع الثاني : المحاولات القانونية .

نقصد بالمحاولات القانونية ، تلك المحاولات التي تحوز على قيمة معينة من القوة الإلزامية ، أو المفروض أنها تتحصل عليها . وتبعا ، فإننا ندرج المحاولات الدبلوماسية ومحاولات المنظمات الدولية تحت هذا العنوان .

---

(1) - DUPUY (RJ) , la contribution de l'académie au developpement du droit international ,R.C.A.D.I,1973 I , T :138, leyde AW Sijthoff 1973, P: 53.

(2) - DUPUY(RJ) , ibid , P: 55.

(3) - DAUDET (Y) , Op - cit , P: 04. et Voir MATELSCO(N) , Op-cit, page : 314.

(4) - MATEESCO(N) , ibid , P: 310.

الفتـرة الأولى : محـاولات التجمعات الدبلوماسيـة .

أولى الحكام أهميـة خاصة لمعرفة أحكام القانون الدولي في مطلع القرن التاسع عشـر . وهكذا بعث " الإسكندر الأول" بمذكرة إلى " PITT" وزير خارجية بريطانيـا ، يعبر فيها عن رغبته في تكوين جامعة الحكام "la ligue des suverains" لإنشـاء قانون الشعوب . وكان أول تجمع دبلوماسي ينعقد تحت اسم مؤتمر فيينا عام 1815[1]، ثم انعقد مؤتمر بروكسل سنة 1874 . وتم تدوين مجموعة من الأعراف الحربية[2].
وانعقد مؤتمر لاهاي الأول سنة 1899 بحضـور (27) ممثل دولة، وتم التوقيع فيه على ثلاثة إعلانات : تسوية النزاعات بالطرق السلمية ، تدوين أعراف الحرب البريـة ، تبني اتفاقية جنيف لعام 1864 حول الحرب البحرية . وانعقد مؤتمر لاهاي الثانـي سنة 1907 ، وتمخض عن إبرام (14) اتفاقية خلال مدة انعقاده ، التي امتدت مـن (15) جوان إلى (18) أكتوبر من سنة 1907 .

وبعد زهاء سنة، انعقد مؤتمر بلندن[3] جمع عشـرة دول بهدف تدوين أعراف الحرب البحرية ، وانتهى بما يسمى بـ "إعلان لندن " .

هذا على الصعيد العالمي ، أما على الصعيد الإقليمي ، فإن مؤتمرات اتحاد " بان أمريكان " أبدت الجدية أكثر لتدعيم حركة التدوين[4] . حيث قدم ممثـل " البيرو " مشروعا للتدوين في أول مؤتمر "بنما " سنة 1826، وتقرر إعداد مشـروع تقنين للقانون الدولي العام ، وآخر للقانون الدولي الخاص سنة 1902. وابتداء من سنـة 1923 تقرر إعداد مشاريع اتفاقيات، وهكذا تم تبني مشـروعي "آلفاريز " و " BUSTAMENTE " . بالإضافة إلى إعتماد (7) اتفاقيات من بين الإثني عشر ة مشروعا المقدمة إلى المؤتمر المنعقد بهافانا عام 1928 . وتم في المؤتمر السابع سنـة 1933 اعتماد اتفاقية حقوق وواجبات الدول ، اللجوء السياسي ، جنسيـة المرأة ، تسليم المجرميـن .

---

(1) ـ تناول حرية الملاحـة في الراين ، تدرج الدبلوماسيين ، تحريم الإتجار بالرقيق .

(2) - MATEESCO(N) , la coutume source de droit international,cit,P311.

(3) -LHUILIER (J) , Element de droit international public , cit,P:228.229

(4) - DAUDET (Y) , les sources de droit international, J.C.D.I, fasc 13D , cit , P: 04 et voir MATEESCO(N) , ibid , P: 314.

الفقرة الثانية : محاولات المنظمات الدولية .

أولت عصبة الأمم الإهتمام بموضوع التدوين منذ سنة 1924 . وتمخض هذا الإعتناء بانعقاد مؤتمر لاهاي 1930 تحت رعايتها، تمت فيه دراسة المسائل الآتية : الجنسية، البحر الإقليمي، المسؤولية الدولية . وانتهى المؤتمر بتبني أربع اتفاقيات تتعلق بالجنسية، دون انضمام كافة الدول الأعضاء في العصبة إليها، مما أخر دخولها مرحلة النفاذ إلى سنة 1937 . أما الموضوعين الآخرين فقد أديا بالمؤتمر إلى الفشل الذريع(1)، ولذلك نجد جمعية العصبة لم توص حتى باستمرار المحاولة في المستقبل(2).

رغم الفشل الذي مني به مؤتمر لاهاي الأخير، فإن الرغبة في التدوين لازالت موجودة لدى المنظمات الدولية، والدليل على ذلك ما قامت به منظمة الأمم المتحدة - خليفة العصبة . حيث جاء في المادة (1/13) من الميثاق مايلي :
" تثير الجمعية العامة الدراسات وتصدر التوصيات لغرض :
أ- تطوير التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولي وتدوينه . "
والملاحظ أن هذه المادة احتوت على مفهومين متداخلين هما : " التدوين " و" التطوير " . أما التدوين فينصب على القواعد القائمة " lex lata " وأما التطوير فإنه ينصب على ما يجب أن يكون " lex ferenda " ، طبقا لنظام لجنة القانون الدولي(3). غير أن هذه الأخيرة أوضحت صعوبة التمييز بينهما من الناحية العملية . واعتبرت بأن كل تدوين يحتوي حتما على حد أدنى من التطور التدريجي للقانون(4).

هذا، ونشير إلى أن المادة (22) من الميثاق منحت الجمعية العامة مكنة إنشاء الأجهزة الفرعية، التي ترى بأنها ضرورية لممارسة مهمتها . وتبعا لذلك، قامت الجمعية العامة بإنشاء لجنة القانون الدولي، بمقتضى التوصية رقم (174 II) المؤرخة في 1947/11/21، وأسندت إليها مهمة إعداد مشاريع

---

(1) - عبد الله الأشعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة .. المشار إليه - ص 47 .

(2) - MATEESCO (N) , Op - cit , P: 317.

(3) - راجع في ذلك المواد من 16 إلى 23 من نظام لجنة القانون الدولي، التي تحدد التقنية الخاصة للتدوين والتقنية الخاصة بالتطور المضطرد .

(4) - thierry (h) , Op - cit , P: 126 .

لتدوين القانون الدولي، بعد عرضها على مؤتمرات دولية[1]
بدأت اللجنة عملها سنة 1949 وأصدرت عدة أعمال منها:[2]

مشروع إعلان حقوق وواجبات الدول كأول نشاط قامت به اللجنة سنة 1949، مبادئ القانون الدولي المكرسة من طرف محكمة "نورنبورغ" سنة 1950، ومشروع تقنين الجرائم ضد السلم والأمن الإنساني سنة 1951، وتمت مراجعته سنة 1953.
كما قامت بإعداد مشاريع اتفاقيات دولية تم تبنيها في مؤتمرات دولية لاحقة.
نذكر منها:[3]

- اتفاقية جنيف لعام 1958 حول البحر الإقليمي، الجرف القاري، أعالي البحار، الصيد وصيانة الثروات الحية في أعالي البحار.
- اتفاقية التقليل من عديمي الجنسية سنة 1961.
- اتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961 والعلاقات القنصلية سنة 1963.
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.
- اتفاقية المهمات الخاصة سنة 1969.
- اتفاقية تمثيل الدول لدى المنظمات الدولية سنة 1975.

هذا، ونشير إلى أن الجمعية العامة عمدت إلى إنشاء لجان متخصصة لدراسة مواضيع معينة، نذكر منها على الخصوص لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "C.N.U.D.I.C" المنشأة سنة 1966، ولجنة الإستخدامات السلمية لأعماق البحار والمحيطات التي تم تشكيلها في أواخر سنة 1967، ولجنة تعريف العدوان التي ظهرت عام 1974.
هذا ونشير إلى أن لجنة الإستخدامات السلمية لأعماق البحار والمحيطات قامت بتحضير قائمة المواضيع التي درسها المؤتمر[4] الثالث لقانون البحار، والتي تمخضت في شكل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982، بعد سلسلة من الدورات امتدت من سنة 1973 إلى 1982.

---

(1) _ محمد سامي عبد الحميد _ أصول القانون الدولي العام _ المشار إليه ص 284.
(2) - DAUDET (Y) , Op - cit , P: 07 et voir AGO (R) , Op - cit ; P:110

(3) - DAUDET (Y) , ibid , P: 7-15 et voir AGO(R) , ibid, P: 110-111 .

(4) _ صلاح الدين عامر _ القانون الدولي الجديد للبحار _ المشار إليه، ص 46.

المطلب الثاني : التقنيات المتبعة في محاولات التدوين .

تبعا لما جاء في المطلب الأول ، يمكن القول بأن المحاولات الفقهية تعتمد تقنية واحدة ، تتمثل في إصدار كتب ونشرات تتعلق بالقانون الدولي والتي تأخذ شكل تقنينات في أغلب الحالات . وإذا كنا لا نريد الدخول في هذه البحوث والدراسات ، فإننا نركز على المؤتمرات والمنظمات الدولية .

الفرع الأول : التقنية المتبعة من طرف مؤتمرات " بان أمريكان ".

عقد اتحاد " بان أمريكان " ثمان مؤتمرات ، في المدة الممتدة من 1826 تاريخ انعقاد المؤتمر الأول في بنما ، إلى سنة 1938 تاريخ انعقاد مؤتمر ليما .
لقد انتقد بعض الكتاب هذه المؤتمرات ، بقولهم بأنها خاضت في متاهات الأنظمة المفصلة للإجراءات ، أي في تحديد التقنية المتبعة للتدوين ، مما زاغ بها عن هدفها المتمثل في تدوين القانون الدولي(1). فما هي التقنية المعتمدة من طرف هذه المؤتمرات ؟

في المؤتمرين الأول لسنة 1826 والثاني في مكسيكو سنة 1902 ، اعتمدت تقنية المحاولات الفقهية ، حيث قدم ممثل البيرو مشروعا للتدوين .

وابتداء من المؤتمر الثالث المنعقد في " ريو دي جنيرو " عام 1906، بدأ التفكير بإنشاء لجنة دولية من الفقهاء ، تتكون من مندوب واحد لكل دولة ، الغرض منها (2) إعداد تقنين دولي .

وفي المؤتمر الخامس المنعقد سنة 1923 في " سانتياغو" . أوكلوا إلى لجنة الفقهاء مهمة إعداد مشاريع الإتفاقيات ، وليس إعداد التقنين كما كان مقررا من قبل . وهكذا قدمت اللجنة إثني عشرة مشروع اتفاقية ، تم اعتماد سبع اتفاقيات منها ، في المؤتمر السادس المنعقد بهافانا سنة 1928 . كما تم تغيير طريقة العمل بتدعيم لجنة الفقهاء بثلاث لجان(3).

---

(1) ـ من هؤلاء " جورج سال " و " باديفان " للاطلاع على ذلك راجع :
- JULIEN-LAFERRIERE(F) , Organisation des Etats americains, France, PUF 1972, P:8 -11. ainsi que MATEESCO(N) , Op -cit , P316.

(2) ـ MATEESCO (N) , ibid , P: 313.

(3) ـ الأولى تهتم بالقانون الدولي العام مقرها " ريودي جنيرو" والثانية تختص بالقانون الدولي الخاص ومقرها ب " مونت فيديو " والثالثة تتناول القانون المقارن ومقرها في " هافانا " .

وفي المؤتمر السابع المنعقد في" مونتفيديو " سنة 1933 تم تعزيز[1] هياكل الإتحاد بتكوين صنفين من اللجان :

تتمثل الأولى في لجنة الخبراء ، التي تتكون من سبعة أعضاء ، وتخضع مباشرة للجنة الفقهاء الدولية « commission internationale de jurisconsultes » .

بينما تمثلت الثانية في اللجنة الوطنية لكل دولة عضو ، مما أمد الإتحاد بعدة لجان وطنية ، تتكون من موظفي وزارة الخارجية أو رجال القانون المؤهلين .وتقوم بالتحضير لعملية التدوين.

كما تمت المصادقة - في هذا المؤتمر - على عدد من الإتفاقيات (حقوق وواجبات الدول ، اللجوء السياسي ، جنسية المرأة ، تسليم المجرمين) .

وفي الدورة الثامنة المنعقدة عام 1938 في" ليما " تم تبني توصية الدورة التحضيرية المنعقدة بـ " بيونس ايرس " سنة 1936 فيما يتعلق بمنهجية العمل .

كما تم تغيير لجنة الفقهاء الدوليين إلى مؤتمر دولي للقانونيين الأمريكان ، مهمته القيام بمراجعة وتنسيق وتحديث وتعديل ورفض المشاريع المقدمة من طرف لجنة الخبراء .[2] ، عندما ترى لجنة إدارة الإتحاد الوقت المناسب لتدوين موضوع ما .

وهكذا أصبح العمل يتم بالطريقة الآتية :[3]

تقوم اللجان الوطنية بتحضير عمل ما ، ثم ترسله إلى إحدى اللجان الدائمة ، تبعا لطبيعة الموضوع ، تقوم هذه الأخيرة بدراسة الموضوع ثم ترسله إلى لجنة الخبراء التي تنقحه ثم تعرضه أمام إتحاد " بان أمريكان " للتصديق . وأخيرا يعرض المشروع أمام المؤتمر الدولي للقانونيين الأمريكان ليأخذ صيغته النهائية .

وبعد إبرام ميثاق " بوغوطا " سنة 1948 تغير أسلوب العمل في ظل منظمة الدول الأمريكية ، حيث أوجدت الهياكل الآتية :[4]

- المؤتمر . - مجلس منظمة الدول الأمريكية ، مجلس الفقهاء ما بين الأمريكان وهو جهاز تابع لمجلس المنظمة ، اللجنة الدائمة وتتكون من تسعة أعضاء يختارهم مجلس الفقهاء الأمريكان ، وأخيرا اللجان الوطنية .

---

(1) _ DAUDET(Y) , les sources dedroit international, cit , P: 4 et
Voir , Mateesco(N), la coutume source de droit international,cit, page! 314.

(2) _ DUPUY(R.J) , Le nouveau panaméricanisme (l'évolution du système inter americain vers le fédéralisme) , PARIS , Pédone 1956,P:144.

(3) _ MATEESCO(N) , ibid , P: 315.

(4) _ DUPUY(R.J) , ibid, P:144,et voir ;JULIEN LAFERIERE(F),Op-cit,P:14.

ويتم العمل بالطريقة الآتية :(1)

تقوم اللجنة الدائمة بدراسة وتحضير النقاط التي تثيرها مختلف أجهزة المنظمة أو تبادر هي إليها ، وتستعين في ذلك بخدمات اللجان الوطنية ومعهد القانون الدولي والمؤسسات المتخصصة . وبعدها تقوم اللجنة بإرسال مشروعها إلى مجلس الفقهاء ما بين الأمريكان ، الذي يعد جهازا للإستشارة القانونية وهيكلا للتدوين ، حيث يعرض المشروع أمام المؤتمر للتصديق .

صحيح أن محاولات اتحاد " بان أمريكان " اهتمت كثيرا بالتقنية المتبعة للقيام بعملية التدوين ، وكثيرا ما ترددت وتراجعت عما قررته من قبل ، غير أن ذلك لايفرغ المحاولات والجهد المبذول من الأثر الإيجابي .

وفي الحقيقة ، فإن العيب الذي يشوب هذه المحاولات ، يتمثل في طغيان الجانب السياسي في تكوين الأجهزة ؛ حيث نجد المؤتمر ومجلس الفقهاء ما بين الأمريكان يتكونين من ممثلي الدول ، الأمر الذي يقلل من أهمية هذه الأجهزة . غير أن ذلك لايفرغ هذه المحاولات من أية قيمة عملية . وهكذا نجد المؤتمر الثالث لقانون البحار قد تأثر بفكرة اللجان الخاصة التي اعتمدها الإتحاد في مرحلة ما قبل ميثاق " بوغوطا " (2). بل أن لجنة القانون الدولي تأثرت بذلك حين عمدت إلى تكوين ثلاثة لجان (الأولى لأوروبا ، الثانية لآسيا ، الثالثة لإفريقيا وأمريكا اللاتينية) بصدد تدوين أعراف التجارة الدولية .

الفرع الثاني: التقنية المعتمدة من طرف العصبة وخليفتها منظمة الأمم المتحدة

ظهرت الرغبة لدى العصبة في القيام بالتدوين منذ سنة 1924 ، حين طلبت الجمعية من مجلس العصبة تعيين لجنة خبراء (3) ، تكلف بتحديد المواضيع القابلة لإبرام اتفاقيات دولية بشأنها (4) . وتحولت هذه اللجنة إلى لجنة دائمة سنة 1929 ، واقترحت إحدى عشرة موضوعا قابلا للتدوين ، غير أنه وبعد عدة مشاورات لم يبق سوى ثلاثة مواضيع هي : الجنسية ؛ البحر الإقليمي ، المسؤولية الدولية .

---

(1) - DUPUY(R.J), Le nouveau panamericanisme,cit ,P;145/146.

(2) -KOPELMANAS(L) , la codification des coutumes du commerce internat-ionaldans le cadre des commissions régionales, A.F.D.I;1955, France, C.N.R.S , 1955. P: 371.

(3) - تتكون من (17) عضوا .

(4) -L'huilier (J) , Op-cit , 229-230 et voir , MAtEESCO(N) ,Op-cit, Page:316, ainsi queDAUDET(Y), Op - cit ,P: 04.

كلفت جمعية العصبة لجنة مصغرة تتكون من خمسة أعضاء بتقديم تقرير حول تقدم الأعمال بشأن المواضيع الثلاثة ، وأن تطلب المعلومات والإقتراحات من الحكومات .

قامت هذه اللجنة المصغرة بدراسة إجابات الحكومات سنة 1929 ، وشكلت ورقة المفاوضات ، تم إرسالها إلى الحكومات والإستدعاء لانعقاد مؤتمر لاهاي سنة 1930 .

إن النقطة الجديدة في تقنية العصبة هي اختيار المواضيع التي يمكن تدوينها . وجدير بالملاحظة أن هذه النقطة لها أهمية أساسية في تحقيق عملية التدوين ، حيث لايمكن إبرام اتفاقية في مادة تختلف الدول بشأنها ، خاصة وأن العصبة تستمد على الإجماع في اتخاذ قراراتها ، بل أنه يصعب إبرام اتفاقية حتى ولو كانت قاعدة الأغلبية هي القاعدة المعمول بها .

ورغم فشل هذا المؤتمر ، فإن منظمة الأمم المتحدة لم تفقد الأمل في تحقيق أو على الأقل المساهمة في تحقيق التدوين ، حيث نص الميثاق على " تشجيع تطور القانون الدولي وتدوينه " وطبقا للمادة (22) منه ، تم إنشاء لجنة القانون الدولي(1)، وتكونت في البداية من (15) عضوا ثم (21) سنة 1956 وارتفع عدد الأعضاء سنة 1961 إلى (25) عضوا بفضل قرار الجمعية العامة رقم1647(xvi) المؤرخ في 1961/11/06 .

تقوم الجمعية العامة بانتخاب هؤلاء لمدة خمس (5) سنوات ، مع احترام التمثيل لكافة الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم ، ويمارس هؤلاء وظائفهم بصفة غير متفرغة ، وبصورة مستقلة عن الدول التي يحملون جنسيتها .

يتم العمل على صعيد لجنة القانون الدولي بالطريقة الآتية :

تجتمع اللجنة في " جنيف " بمقر المكتب الأوروبي للأمم المتحدة ، لمدة تتراوح من (10) الى(14) أسبوعا (2) ، وفي كل دورة تنتخب مكتبا يتكون من رئيس ونائبين له ورئيس لجنة الصياغة ، وتعين مقررا .

تضع اللجنة برنامج العمل بالنسبة لكل موضوع ، وتعين مقررا خاصا به . وقد يحدث أن تقوم لجنة مصغرة بمساعدة المقرر في مراجعة و تنسيق مختلف جوانب المشروع .

---

(1) - DAUDET(Y) , les sources de droit international,cit, P:06-07 et THIERRY(H) , droit international public, cit, P: 125.

(2) - DAUDET (Y) , ibid, P:07.

يقوم المقرر بدراسة الموضوع من مختلف جوانبه[1]، انطلاقا من الأرضية المتوفرة (المرف، القضاء، الفقه) مع الأخذ بعين الإعتبار أجوبة الحكومات عن الأسئلة التي يوجهها لها. وبعدها يُقدم تقرير المقرر إلى لجنة القانون الدولي التي تقوم بدراسته، ثم يعرض التقرير النهائي على اللجنة السادسة (الجمعية العامة) في شكل مشروع اتفاقية .

تقوم اللجنة السادسة بدراسة المشروع، وترفعه إلى الجمعية العامة التي توصي بعقد مؤتمر دولي لمناقشة المشروع وتبنيه، إذا كان يعكس مواقف الدول .

والجدير بالذكر، أن الحكومات تتدخل ثلاث مرات : حين الإجابة عن الأسئلة، وحين مناقشة التقرير أمام اللجنة السادسة، وحين مناقشة المشروع أمام المؤتمر .

هذا، وتجد اللجنة(لجنة القانون الدولي) يد المساعدة[2] من طرف الأمانة العامة التي تنشر بعض الأعمال والبحوث، لتوضيح بعض النقاط (الخلجان التاريخية حرية دخول الدول غير الساحلية إلى البحار، السفن التي ترفع العلم الأممي) وتامت بجمع العديد من الإتفاقيات المتعلقة بالبحار، كما أنها تستلم أجوبة الأسئلة الموجهة إلى الحكومات من طرف لجنة القانون الدولي .

هذا وتستمد لجنة القانون التجاري الدولي طريقة تشبه طريقة لجنة القانون الدولي، رغم وجود فرق في عدد الأعضاء وصفاتهم .
تتشكل هذه اللجنة من (36) عضوا سنة 1973، بعدما كانت تتكون من (29) عضوا آن انشائها سنة 1966 . وهم يمثلون الحكومات، تنتخبهم الجمعية العامة من ذوي الخبرة ويتوزعون على خمس مناطق، وذلك على الشكل الآتي :[3]

- (9) ممثلين لإفريقيا - (7) ممثلين لآسيا - (5) ممثلين لأوروبا الشرقية .
- (6) ممثلين لأمريكا اللاتينية . - (9) ممثلين لأوروبا الغربية .

---

(1) - عبد الله الأشعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة .. المشار إليه - ص 49وانظر جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي .. المشار إليه . ص 194
وانظر كذلك : - DAUDET(Y) , Op-cit, PP: 07.09.11.

(2) - BADRE(K), Le rôle de l'ONU dans l'élaboration du droit de la mer, Révue egyptienne de droit international;Volume16 année 1960,P:51.

(3) - DAUDET (Y) , ibid ,P:10 .

اعتمدت طريقة تكوين مجموعات صغيرة ، تشتغل خارج دورات اللجنة وتقدم أعمالها لهذه الأخيرة التي تدرسها ، ثم ترفعها إلى اللجنة السادسة ، فالجمعية العامة كما هو معروف في لجنة القانون الدولي .

إن ما يمكن أن نلاحظه بصدد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هو أن الأعضاء يمثلون الدول ، وأنه يتم اختيارهم من طرف الجمعية العامة بمراعاة الخبرة في الميدان التجاري ، وهذا ما يعتبر تحولاً في التقنية القديمة ، حيث بدأ العنصر السياسي يطغى على الجانب القانوني .

التقنية الجديدة المعتمدة من طرف الأمم المتحدة :

اعتمدت منظمة الأمم المتحدة عدة تقنيات لتدوين أحكام القانون الدولي ، فأنشأت لجنة القانون الدولي ، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري ، ثم اللجان الخاصة ، ومن هذه الأخيرة ظهرت تقنية جديدة ، هي تقنية المؤتمر الثالث لقانون البحار .

أنشئت لجنة الإستخدامات السلمية لقيعان البحار والمحيطات سنة 1967 .وفي 1969 (1) أصدرت الجمعية العامة القرار (2574) دعت فيه الدول إلى إبداء آرائها حول انعقاد مؤتمر دولي للبحار ، وبناء على ردود الدول أصدرت القرار (2570) عام 1970 ، دعت فيه الدول إلى عقد المؤتمر المعني سنة 1973 . وطلبت من لجنة الإستخدامات السلمية لقيعان البحار والمحيطات الإعداد للمؤتمر ، وبذلك إنقسمت إلى ثلاث لجان فرعية ، وقامت بإعداد مشروع من إثنتين وخمسين (52) مادة كانت بمثابة الورقة الأولى الموضوعة أمام المؤتمر . والملاحظ أن لجنة القانون الدولي لم تتدخل ، رغم أنها هي التي أعدت لمؤتمري البحار عامي 1958 و1960 . كيف تم العمل في المؤتمر الثالث لقانون البحار ؟

نشير في البداية إلى أن المؤتمر الثالث يتوفر على عدة أجهزة تم تكريسها في الدورة الأولى المنعقدة سنة 1973 . والتي خصصت لتنظيم العمل . تتمثل هذه الأجهزة فيما يلي (2) :

---

(1) ـ عبد الله الأشعل ـ دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد العرفية لقانون البحار ـ المشار إليه ـ ص 59 .

(2) ـ صلاح الدين عامر ـ القانون الدولي الجديد للبحار ـ المشار إليه ـ الصفحة من 42 إلى 46 .

1 - المكتب ، ويتكون من رئيس المؤتمر ونواب للرئيس وأعضاء مكاتب اللجان الرئيسية .

2 - ثلاث لجان .

3 - لجنة الصياغة .

4 - لجنة وثائق التفويض .

5 - أمانة المؤتمر .

لكن كيف يتم العمل ؟

لقد تم توزيع الأعمال على اللجان الثلاث على النحو الآتي :

أ - اللجنة الأولى وتقوم بدراسة النظام الدولي لقيعان البحار والمحيطات ، بالإضافة إلى الأشياء ذات القيمة الأثرية .

ب - اللجنة الثانية ، وتهتم بالمسائل المتعلقة بالمياه الإقليمية والمنطقة المتاخمة ، المضائق والجرف القاري والمنطقة الإقتصادية الخالصة .

ج - اللجنة الثالثة وتنظر في المحافظة على البيئة البحرية ، والبحث العلمي ، تطور النقل ونقل التكنولوجيا .

واتبعت هذه اللجان طريقة تكوين لجان تفاوضية مؤقتة ، تختص كل واحدة منها بمسألة معينة (1) . تقدم تقريرها إلى رئيس اللجنة الرئيسية . ثم يقوم الرئيس بإعداد تقرير حول نشاط اللجان الفرعية ، بحيث يعكس هذا التقرير مختلف المواقف المثارة في تلك اللجان ، ثم يعرض هذا التقرير على جلسات المؤتمر . وابتداء من الدورة الثالثة سنة 1975 أصبح كل رئيس يقوم بإعداد مشروع مواد يعكس المواقف الأساسية في اللجنة الرئيسية التي يشرف عليها . ثم تعرض هذه المشاريع على لجنة الصياغة (2) لتنقيحها حتى يتسنى عرضها على المؤتمر . وهكذا ظهر النص التفاوضي الموحد ، وبعد تعديله في دورة 1976 أصبح يسمى بالنص التفاوضي المنقح ، وأعيد فيه النظر سنة 1977 ، فأصبح يسمى بالنص المجمع والمركب . وبذلك التنسيق بين رؤساء اللجان ورئيس المؤتمر ظهر في ثلاثة أجزاء بدلا من أربعة . وبعد عدة تعديلات أخذ شكل الإتفاقية سنة 1982 . هذا ونشير إلى أن المؤتمر اعتمد أسلوب التوافق في التصويت والتقريب بين وجهات النظر حيث لعبت مجموعة " إيفانسون" دورا لايستهان به في ذلك .

---

(1) - عبد الله الأشعل - المرجع السابق - ص 61 .

(2) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه - الصفحات 46 - 49 .

المبحث الثالث

نتائج حركة التدوين .

بغض النظر عن حركة التدوين غير الرسمية ، فإن هدف أجهزة الأمم المتحدة المكلفة بالتدوين ، يكمن في بلوغ مرحلة إبرام اتفاقية دولية . وعلى حد تعبير البعض، فإن كل محاولة لاتبلغ هذه المرتبة ، تعتبر محاولة غير كاملة (1) . لكن هل يعني ذلك إنعدام النتيجة في حالة عدم التمكن من إبرام إتفاقية دولية .

قال الفقيه " Root Elihu" معلقا على مؤتمر لاهاي لعام 1930 :(2)

ينبغي أن لانأخذ الاتفاقيات النهائية التي يتم إبرامها ، كقرينة على نجاح المؤتمر ، بل ينبغي أن نأخذ بعين الإعتبار قيمة المناقشات ، وتبادل وجهات النظر التي يثيرها المؤتمر ، كل ذلك يساهم في إيضاح الأفق وتحديد طبيعة المشكل ، الذي يساعد على إبرام اتفاقية نهائية .

وبعبارة أخرى ، فإننا نستطيع تصنيف نتائج حركة التدوين إلى قسمين : نتائج سياسية وأخرى قانونية ، سواء نجحت المحاولة أم لم تنجح . وذلك ما سنتعرض له في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : النتائج السياسية .

يترتب على حركة التدوين ، تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة ، عدة نتائج سياسية ، نذكر منها ما يلي :

الفرع الأول : ظهور حد معين من التفاهم .

إن معضلة القانون الدولي لايملك زمام حلها طرف معين . إنها مشكلة أصحاب القانون الدولي ، وهم فقط الذين يستطيعون المساهمة في علاجها .

إن منظمة الأمم المتحدة ؛ المتكونة من كافة الدول ، لاتملك الأدوات الكافية للقيام بهذه المهمة . ولقد تنبأت المنظمة منذ 1945 بأنها لاتستطيع فرض نظام معين ، ولذلك عملت منذ مؤتمر " دانبرتون هوكس " على إشراك جميع أعضائها

---

(1) - -DAUDET(Y) , les sources de droit international : la coutume , J.C.D.I, Fasc 13 D . 8.1976 , Parid edition techniques1976,P:11

(2) - - GARNER (JW) , Le developpement et les tendancesrécentes du droit international , cit , P: 686 - 687.

أعضائها في علاجها ، حيث نصت المادة (13) من الميثاق على إسناد مهمة التدوين والتطوير إلى الجمعية العامة ، التي أنشأت لجنة خاصة فيما بعد. وبعبارة أخرى ، فإن منظمة الأمم المتحدة ، فضلت أسلوب المواجهة على الهروب إلى الأمام . ولقد ترتب على هذا الأسلوب ، مشاركة كافة الدول ، مهما كان نظامها السياسي ومهما كانت درجة تقدمها ، في بلورة أحكام القانون الدولي . ولقد تجلى ذلك بصورة أوضح في المؤتمرات التي عقدت تحت رعاية الجمعية العامة . ومن بينها مؤتمرات جنيف للبحار ومؤتمرات فيينا لمختلف المواضيع ، وكذا المؤتمر الثالث لقانون البحار الجديد .

لايمكن حدوث المعالجة الجماعية لمشاكل العالم ، من طرف أشخاص القانون الدولي غير المتجانسين ، إلا في ظل وجود حد معين من التفاهم المبدئي ، واشتراك الكل في البحث عن الحل . وهو ما تحقق بصورة أو بأخرى بفضل محاولة تدوين أحكام القانون الدولي .

الفرع الثاني : طرح القضايا على بساط البحث .

ترتب على المساهمة الجماعية ، في البحث عن حل معضلة القانون الدولي ، طرح القضايا على بساط البحث . وهو ما يمكن أن نسميه بسياسة المواجهة . وهكذا طرحت عدة مسائل في مؤتمرات التدوين . ففي مؤتمر فيينا حول قانون المعاهدات درست عدة نقاط في غاية الأهمية ، نذكر منها :

الغش (المادة 42) ، الغلط (المادة 48) ، الإكراه (م 51، 52) ، وفكرة النظام العام أي القواعد الآمرة (م. 53) والتغير الجوهري للظروف (م. 62) ... الخ .(1)

تشهد المؤتمرات غليانا في المواقف ، عندما تطرح القضايا الساخنة ، ورغم ذلك فإن إرادة المواجهة تتغلب . في كثير من الأحيان ، على هذه العقبات . ذلك ما يمكن قوله بالنسبة لتبني فكرة القواعد الآمرة في **اتفاقية فيينا** لقانون المعاهدات ، رغم أن لجنة القانون الدولي إمتنعت عن تقديم نماذج عن تلك القواعد وتركت ذلك للقضاء والعمل الدوليين(2) . علما بأن مقرر " Waldock " كان

---

(1) ـ ونفس الشيء بالنسبة لامتداد المياه الإقليمية حيث أرادت بلدان أمريكا الوسطى و الجنوبية مد مياهها إلى (200) ميل بينما إكتفت بعض البلدان بـ (12) ميلا فقط . راجع في ذلك :

- DEHAUSSEY(RJ) , Travaux de la CDI des nations unies, cit ,P:589-595

(2) - Robledo(AG) , Le ius cogens international sa genèse , sa nature, ses fonctions , cit , P :44.

كان يتضمن في المادة (2/13) بعض القواعد ، والتي تم حذفها أثناء المناقشات يسمح هذا الطرح في كثير من الأحيان بدراسة النقطة المعروضة من كافة جوانبها . وهو ما يسهل تبني إحدى الحلول ، واعتماد حل توفيقي ، كما حدث لمسألة القضاء الإلزامي ؛ حيث وجدت ثلاث إتجاهات :

- الدول الغربية تناصر القضاء الإلزامي لمحكمة العدل الدولية .
- دول الأفروآسيوية تناصر فكرة إيجاد لجان التسوية ، وأبدت تخوفها من القضاء الإلزامي خاصة بعد أن أصدرت محكمة العدل الدولية حكمها في قضية " دعوى أثيوبيا وليبيريا " ضد نظام جنوب افريقيا سنة 1966 .
- الدول الشيوعية و تناصر المادة (62) من المشروع ، والتي تحيل إلى المادة (1/33) من ميثاق الأمم المتحدة (1).

انتهى المؤتمر إلى التوفيق بين المواقف الثلاث ، معتمدا تنوع الحلول بتنوع(2) المشاكل وذلك في المادة (66) من الإتفاقية (3).

وبكلمة موجزة ، فإن طرح المسائل على طاولة المفاوضات ، يعتبر نجاحا باهرا حققته منظمة الأمم المتحدة ، ويعتبر أفضل طريقة دبلوماسية للبحث عن الحلول المناسبة .

الفرع الثالث : مساهمة البلدان النامية في بلورة أحكام القانون الدولي.

لقد شعرت البلدان النامية بنوع من المساواة في السيادة ، إذ بعدما تشككت في القانون الدولي التقليدي ، وجدت المناسبة لعرض أفكارها في مؤتمرات دولية . ولم لا تساهم في بلورة الأحكام الجديدة ، بل اننا لانكون مغرورين إذا قلنا بأن هذه الدول حققت فعلا نوعا من المساواة في السيادة . فقرارات المؤتمرات تؤخذ بالأغلبية دون تمييز بينها . لكن هل استطاعت المساهمة فعلا في بلورة الأحكام المرجوة ؟

إن الشيء المؤكد هو أن المصلحة هي المحركة لاتفاق المواقف ، بل هي المحركة حتى في التصويت . فهل استطاعت هذه الدول التوفيق بين مصالحها .

---

(1) ـ تتكلم عن تسوية الخلافات بالطرق السلمية كالتفاوض والتحقيق والوساطة والتوفيق ... الخ .

(2) ـ أحمد عصمت عبد المجيد ـ تقرير عن الدورة الثانية لمؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات ـ المجلة المصرية للقانون الدولي ـ المجلد 25 سنة 1969 ـ ص 251 ـ 253 .

(3) ـ التي تقضي بإمكانية رفع الدعوى أمام محكمة العدل الدولية إذا لم يفلح تطبيق المادة (1/33) من الميثاق أو الطرق المبينة في ملحق الإتفاقية .

يبدو أنه من الصعب تحقيق ذلك، وهي تعاني من شتى الأزمات الاقتصادية والسياسية، فهي في حاجة إلى تدعيم خارجي .

إن المؤتمرات الدولية لاتحركها المثل . إنها مؤتمرات المصلحة ، فإذا " تساهلت " الدول المتقدمة في اتخاذ موقف معين ، في قضية معينة ، فإنها تنتظر تنازلا مماثلا من الدول النامية .

وبعبارة أخرى ، إذا قبلت الدول العظمى بفكرة الجرف القاري ، فإنها تصبو إلى تكريس حرية أعالي البحار . وإذا قبلت بفكرة المنطقة الإقتصادية الخالصة ، فإنها تترصد لحرية المرور في المضايق(1) . وتلك هي قواعد اللعبة . وبذلك تبقى مساهمة البلدان النامية رمزية في تطوير القانون الدولي .

الفرع الرابع : ظهور التكتلات الدولية حسب المصالح .

سمحت محاولات التدوين بتكوين تكتلات دولية عديدة ، حسب المصالح المشتركة ، وهكذا ظهرت ثلاث كتل في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات - بصورة عامة :
الدول الغربية ، الدول الشرقية الاشتراكية ، دول عدم الانحياز . وطبيعي أن مصدر هذه الكتل ليس المؤتمر في ذاته . ولكن ، ومهما كان الأمر فإن العمل داخل المؤتمر شهد هذا الانقسام ، وإن كان ذلك يعكس إنعكاسا للسياسة الدولية خارج إطار المؤتمر .

إذا كان مؤتمر فيينا لم يظهر التكتلات الدولية بوضوح فإن المؤتمر الثالث لقانون البحار أظهر تكتلات جديدة هي :(2)
كتلة الدول الحبيسة ، كتلة الدول المحظوظة " avantageux " المجموعة المطالبة بمائتي (200) ميل بحري كحد للمياه الإقليمية . بالإضافة إلى التكتلات التي يمكن أن نصفها بأنها قديمة ككتلة الدول الإفريقية وكتلة السوق الأوروبية المشتركة .

إن هذه التكتلات يمكن أن تخدم مصالح البلدان النامية ، إذا عرفت كيف تنسق بين مواقفها والدفاع عن المصالح المشتركة . حيث يساعد ذلك على اتخاذ مواقف أكثر قوة وفاعلية على صعيد مؤتمرات التدوين .

---

(1) - قال بعض المحللين لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 بأن حرية المرور في المضائق هي إحدى النقاط الجوهرية الداعية إلى عقد المؤتمر الثالث لقانون البحار . للإطلاع على ذلك راجع : صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه - ص 149 .

(2) - صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 64 .

الفرع الخامس : عودة زمام المبادرة إلى الدول .

كانت لجنة القانون الدولي هي المعنية الأولى بموضوع تدوين القانون الدولي ، حيث تقدم مشاريع اتفاقيات ، تقوم المؤتمرات الدولية بدراستها وتبنيها . ولقد توسعت هذه اللجنة من توسيع أعضاء المجتمع الدولي ، وبلغ عدد الأعضاء بها سنة 1961 خمسة وعشرين عضوا [1] . وجدير بالذكر أن هؤلاء الأعضاء يمثلون الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم ، طبقا لمنطوق المادة (8) من النظام [2].

بدأ التغير يمس مهمة التدوين بتكوين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " أ-C.N.U.D.I " المنشأة بالقرار رقم 2205(xxi) المؤرخ في 1966/12/17. حيث أصبح ممثلو الدول هم الذين تتشكل منهم اللجنة ، عكس ما كان معروفا في لجنة القانون الدولي [3] .

أخذ هذا التغير صورة أكثر جلاء في المؤتمر الثالث لقانون البحار ، الذي ساهمت فيه الدول بصورة مباشرة ، حيث تم إبرام إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982 بعد ستة عشرة دورة في الفترة الممتدة من 1973 إلى 1982 [4] . ما هو السبب في توسع تدخل الدول ؟

غني عن القول ، بأن تدخل الدول يعطي الأولوية للجوانب السياسية على غيرها من الجوانب الأخرى .

رغم أن الدول تتدخل ثلاث مرات [5] في أعمال لجنة القانون الدولي ، فإننا نلاحظ رغبتها في الإستحواذ على نشاط التدوين . فهل لهذه الرغبة من سند قانوني ؟

لو لاحظنا المؤتمر الثالث لقانون البحار ، لوجدناه تناول عدة نقاط جديدة : المنطقة الإقتصادية ، التراث المشترك للإنسانية ، حق الدول الحبيسة في الثروات الحية في المنطقة الإقتصادية للدولة المجاورة ... إلخ . ومن ثم فإن الأحكام التي يتم تكريسها في الإتفاقية ، تكون ذات صفة تشريعية أكثر منها تدوينية . فهل يعني ذلك بأن التعصب للسيادة هو الذي دفع الدول إلى القيام بنفسها بهذه المهمة ؟ وبعبارة أخرى ، هل تنكر الدول الطبيعة التشريعية لنشاط لجنة القانون الدولي ؟

---

(1) - DAUDET(Y) , les sources de droit international , cit , P: 06 .

(2) - وهي توافق المادة (9) من نظام محكمة العدل الدولية .

(3) - DAUDET(Y) , ibid , P : 08

(4) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - ص 48 ، 49 .

(5) - راجع الصفحة (168) من هذا البحث .

قد يكون هذا التفسير مقبولا بالنسبة للمؤتمر الثالث لقانون البحار، ولكنه لايكون كذلك بالنسبة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي •

وأمام هذا الوضع، فإنه لا يسعنا إلا أن نشير إلى بداية طغيان الجانب السياسي في عملية التدوين، على الجانب القانوني • وهو ما نجم عن ازدياد تدخل الدول بصورة مباشرة، مهما كانت مبررات هذا التدخل •

المطلب الثاني : النتائج القانونية •

إذا كان الهدف الأساسي للقيام بمحاولات التدوين، هو الوصول إلى إبرام اتفاقية دولية • فماذا تقدم هذه المحاولات - نجحت أم لم تنجح - لصالح القاعدة العرفية ؟

تفيد الدراسة المتأنية لهذه المحاولات، بأن التدوين يتخذ إحدى المظاهر الآتية :

1 - تكريس قاعدة عرفية •
2 - تطوير " " •
3 - ميلاد " " •
4 - المساهمة في تكوين قاعدة عرفية •

وهذا ما سنقوم بدراسته في الفروع الآتية :

الفرع الأول : تكريس قاعدة عرفية •

يثير هذا العنوان سؤالا جوهريا مفاده : هل هناك فرق بين تكريس القاعدة العرفية وتطويرها ؟ وبعبارة أخرى، هل هناك فرق بين التقنين والتطوير ؟ تفيد الدراسة النظرية بأنه يقصد بالتقنين " جمع القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة، ويتم أساسا عن طريق تنسيق القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض، وإيرادها مرتبة ومبوبة ••• وهي ترتبط بالقانون الموجود • "[1] •

---

(1) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي - المشار إليه - ص193•

ولذلك وضع نظام لجنة القانون الدولي تعريفا له في المادة (15) التي جعلت التدوين يتمثل في " الصياغة الأكثر تحديدا وتنظيما لقواعد القانون الدولي، التي تناولها العمل بين الدول والسوابق والفقه ." (1)

أما من الناحية العملية ، فقد لاحظت لجنة القانون الدولي بأنه يصعب التمييز بين التقنين والتطوير ، رغم أن المادة السابقة تعرف التطوير بأنه :(2)

" إعداد مشروعات الإتفاقيات في موضوعات لم تنظم بعد ، بواسطة القانون الدولي ، أو لم يتطور هذا القانون بصددها ، بصورة كافية ، في العمل بين الدول ." ولكن ومع ذلك فإننا نتبنى فكرة التمييز بين التدوين والتطوير لغرض هذه الدراسة فقط ، وذلك رغبة في توضيح النتائج القانونية المترتبة عن مسارات التدوين .

وهكذا تنص العديد من الإتفاقيات على العديد من القواعد العرفية ، نذكر منها على سبيل المثال : إتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية ، وقانون المعاهدات لعام 1969 ، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 . والتي نسلط عليها بعض الأضواء (3).

لقد كرست اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ، قواعد عرفية سبق للعمل الدولي أن عرفها ، نذكر منها :(4)

المادة (2) من الإتفاقية الجديدة التي كرست الحيز السيادي للدولة ، وهو ما نصت عليه المادتان (1و2) من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي . كما أن المادة (5) من الإتفاقية الجديدة ، أعادت ذكر قاعدة خط الأساس العادي الوارد في المادة (3) من من اتفاقية جنيف السالفة الذكر . والمادة (7) كرست قاعدة خطوط الأساس المستقيمة ، التي ذكرتها اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي في المادة (4) منها . والمادة (9) من اتفاقية الأمم المتحدة تقابل المادة (13) من اتفاقية جنيف، التي تتكلم عن خط الأساس في الأنهار المنصبة في البحار . والمادة (10) من اتفاقية 1982 للبحار . كرست ما جاء في المادة (7) من إتفاقية جنيف فيما يخص الخلجان .

---

(1) ـ جعفر عبد السلام علي ـ وظيفة لجنة القانون الدولي ـ المشار اليه ، ص 193 .

(2) ـ جعفر عبد السلام علي ـ نفس المرجع ـ ص 193 .

(3) ـ يحتاج الوصول إلى نتائج أكثر دقة ، دراسة مفصلة للأحكام الواردة في اتفاقيات التدوين ، وكذا الأعمال التحضيرية . وهذا ما يحتاج إلى مدة وجهد معتبر .

(4) صلاح الدين عامر ـ المرجع السابق ـ ص ص 87 ، 118 ، 128 .

الفرع الثاني : تطوير قاعدة عرفية .

حدد نظام لجنة القانون الدولي آلية خاصة لكيفية تطوير الأحكام العرفية ، بصدد الكلام عن تطوير القانون الدولي ؛ حيث تنص المواد من (16) الى (18) على أن الجمعية العامة هي التي تملك إختصاص اقتراح تطوير أحكام معينة ، ثم تقوم(1) لجنة القانون الدولي باختيار مقرر لها ، وتضع خطة مناسبة للموضوع ، وتعد أسئلة حوله توجهها إلى الحكومات ، وتدعوها للإجابة عنها خلال مدة معينة .

هذا ، وتقوم اللجنة بعملية التشاور من جهات غير رسمية . ثم تقوم بدراسة ما قدمه المقرر من مشاريع . ثم تطلب اللجنة من الأمين العام إبلاغ المستند إلى الحكومات ، داعيا إياها التعليق عليه . وفي الأخير تقوم اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية مرفق بشروح وافية للنصوص . ثم يرفع المشروع إلى الجمعية العامة ، لكي تقوم بالإجراءات المناسبة لإبرام اتفاقية دولية في المادة المعنية . وهذا ما يعتبر تفسيرا لما ورد في المادة (15) من النظام بشأن التطوير .

وبعبارة أخرى ، فإن التطوير يتم عبر إعداد مشاريع الاتفاقيات ، لكن لجنة القانون الدولي ، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اعتمدتا طريقة إعداد مشاريع الإتفاقيات في القيام بمهامها (2) دون تمييز بين التدوين والتطوير .

وعلى حد تعبير أحد الأساتذة ،(3) فإن التدوين يأخذ دائما مظهرا تطويريا للقانون الدولي . "

رغم أن لجنة القانون الدولي لم تفصل بين التدوين والتطوير ، فإننا نستطيع ذكر بعض الأمثلة لتطوير الأحكام العرفية ، علما بأن اتفاقيات التدوين لعبت دورا كبيرا في مساعدتنا لمعرفة ذلك . وسنستخدم من قانون البحار الجديد لعام 1982 في إعطاء الأمثلة (4).

وهكذا نجد المادتين (18) و(19) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار أحدثتا توسعا في الأحكام الواردة في المادة (14) من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي لعام 1958 . وكانت أول نقطة أحدثت هذا التطور هي المادة (3/18) التي

---

(1) ـ جعفر عبد السلام علي ـ وظيفة لجنة القانون الدولي .. المشار إليه ـ الصفحات 193 ـ 194 .

(2) ـ DAUDET(Y) , Op-cit , P: 12 .

(3) ـ كما يرى " ليستزين " وهو إتجاه لجنة القانون الدولي كذلك . راجع في ذلك جعفر عبد السلام علي ـ نفس المرجع ـ ص 195 .

(4) ـ صلاح الدين عامر ـ القانون الدولي الجديد للبحار ـ المشار إليه ، الصفحات من 87 إلى 90 .

أضافت بعض الصفات إلى المرور البريء مشترطة أن يكون متواصلا وسريعا . ثم أكملت المادة (19) جانبا من هذا التطور، حين تكلمت عن الحالات التي يعتبر فيها المرور مضرا بسلم وحسن نظام الدولة الساحلية ، ذاكرة (12) حالة[1] وكانت المادة (14) من اتفاقية جنيف تحتوي على ست فقرات؛ تكلمت الأولى عن حق المرور البريء ، والثانية عن تعريفه ، والثالثة قررت بأن المرور يشمل أيضا الرسو إذا كان نتيجة الملاحة العادية أو أصبح ضرورة لازمة ، من جراء القوة القاهرة. والرابعة تحدثت عن المقصود بالمرور البريء، والخامسة ربطته بعدم المساس بقوانين ولوائح الدولة الساحلية ، والسادسة نصت على طفو الغواصات فوق سطح الماء ورفع العلم .

وجاءت المادة (21) من الإتفاقية الجديدة لتوسع من أحكام المادة (17) من اتفاقية 1958، حيث احتوت على أربع فقرات ، ونصت في الأولى على ثمان حالات تتعلق بتنظيم المرور.[2]

هذا ، ونشير إلى أنه نجم عن المؤتمرين الأول والثاني لقانون البحار ظهور منطقة الصيد الخالصة ضمن حدود الإثني عشرة ميلا ، وحق الأفضلية في المياه المجاورة طبقا لرأي محكمة العدل الدولية في قضية الإختصاص في مادة المصائد بين "إيسلندة" من جهة ، و "ألمانيا وبريطانيا" من جهة ثانية؛ بتاريخ 1974/07/25.[3] ثم قام المؤتمر الثالث بتطوير هذين المفهومين إلى فكرتين جديدتين ؛ تتمثل الأولى في تحديد المياه الإقليمية بإثنتي عشرة ميلا (م3) ، وتتمثل الثانية في المنطقة الإقتصادية الخالصة (م55) من الإتفاقية الجديدة .

---

(1) - نذكر منها : التهديد باستعمال القوة والإخلال بمبادئ ميثاق الأمم المتحدة والقيام بالمناورات مهما كان نوع السلاح المستعمل أو القيام بجمع المعلومات المضرة بنظام الدولة الساحلية وأمنها ، وإطلاق أي جهاز عسكري أو إنزاله ، والقيام بأي عمل يلوث البيئة ، والقيام بأنشطة البحث والمسح ، وبصورة عامة حرمت كل الأنشطة التي ليس لها علاقة مباشرة بالمرور. للإطلاع على تفاصيل ذلك راجع : صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار ص 88 - 90.

(2) - ونصت على النصوص على سلامة الملاحة وتنظيم المرور ، حماية وسائل تسيير الملاحة والكابلات ، حفظ الموارد الحية والبيئة ، منع خرق قوانين وأنظمة الدولة الساحلية راجع في تفاصيل ذلك - صلاح الدين عامر - نفس المرجع - ص 91-92.

(3) - EISEMANN(PM) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ , 3° édition ?,Paris , Pédone 1980 ; P:151.

الفــرع الثالث : مـيـلاد قـاعـدة عـرفـيـــة •

يـحـدث أحيانا أن يترتب من عملية التدوين ميلاد قاعدة عرفية • لكن متى يـحـدث ذلك ؟

المعروف أن لجنة القانون الدولي تتكون من أعضاء لايمارسون مهمتهم بصفتهم ممثلين للدول ، ولذلك فإنهم لايساهمون بصورة جدية في ميلاد القاعدة العرفية • وبعبارة أخرى ، فإن المؤتمرات هي المدعوة أصلا للقيام بهذا الدور ، حيث تلعب المناقشات والمواقف دورا أساسيا في ظهور القاعدة • وهكذا ، فكلما كانت فرص انعقاد المؤتمرات أكثر ، كلما زاد احتمال ميلاد قاعدة عرفية • وتبعا لذلك ظهرت بعض القواعد [1] من جراء الدورات العديدة التي عقدها المؤتمر الثالث لقانون البحار • ومن الأمثلة على ذلك المنطقة الإقتصادية الخالصة لمسافة مائتي (200) ميل ، التي جاءت في المادتين (56) و (57) ، وقاعدة الدول الحبيسة التي وردت في المادة (69) ، الجرف القاري لمسافة ثلاث مائة وخمسين (350) ميلا ، وكذا فكرة التراث المشترك للإنسانية (المادة 136) من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 •

والجدير بالذكر أن الدول كانت تود تكريس قاعدة "حق الأفضلية" في المياه المجاورة دون أن يتم تحديد المسافة ، ولكن المؤتمر توصل إلى إظهار قاعدة جديدة تتكلم عن المنطقة الإقتصادية الخالصة • وشتان بين حق الأفضلية واستخلاص منطقة معينة لدولة محددة •

انطلاقا من المناقشات التي جرت في هذه الدورات والمواقف المرافقة لها • توصل البعض [2] إلى القول بظهور قواعد عرفية قادرة على تعديل الأحكام المتعارضة معها من اتفاقية جنيف لعام 1958 ، سواء نجح المؤتمر أم لم ينجح • فالعرف الناشئ "من التوافق والممارسة ••• يقلل من أهمية الإتفاق النهائي " • غير أن البعض الآخر [3] يقلل من شأن القواعد العرفية الناشئة من اتفاقية التدوين ويطلقون عليها اسم القاعدة الدولية ذات القيمة الإتفاقية ، ومن ثم فإن دخولها حيز النفاذ يخضع لما تخضع له الأحكام الإتفاقية (التصديق) • وهو ما يبدو غير متناسب مع تمام ميلاد قاعدة عرفية بركنيها المادي والمعنوي ، والتي تكون سارية

---

(1) ـ عبد الله الأشعل ـ دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد العرفية لقانون البحار ـ المشار إليه ـ ص 62 •

(2) ـ عبد الله الأشعل ـ نفس المرجع ـ ص 66 •

(3) ـ - DAUDET(Y) , Op - cit , P: 12 .

دون اتخاذ الشكل الإتفاقي ولا التصديق ، طبقا للأحكام العرفية العامة . ولكن هل يصدق هذا القول على نقطة أخرى تتعلق بظهور قاعدة اتفاقية في اتفاقية التدوين؟ ذلك ما سنراه في الفرع الآتي .

الفرع الرابع : المساهمة في تكوين قاعدة عرفية .

تساهم المعاهدات في إرساء السوابق لظهور قاعدة عرفية . فهل تستطيع اتفاقيات التدوين القيام بهذه المهمة ؟

يرى البعض أن " معاهدة واحدة متعددة الأطراف يمكنها أن تنشيء قاعدة عرفية ، وهذا ما لايتفق مع القانون الدولي الوضعي إلا مع اتفاقيات التدوين . "(1) والسبب في ذلك أن " ذكرها في الإتفاقية يأتي بعد التوكيد بورية ، والرجاء في حصولها على قبول عريض " وأن القاعدة الإتفاقية التي يتم تبنيها بدون معارضة ، تعتبر بمثابة تدوين لقاعدة عرفية (2) . لكن كيف يتم معرفة معارضة الدول على مادة معينة ؟

يتم ذلك في الحقيقة عن طريق الرجوع إلى ملحق الإتفاقية للإطلاع على التحفظات . لكن اتفاقيات التدوين لاتقبل التحفظات المتعلقة بهدف التدوين . ومن ثم فإنه ينبغي الرجوع إلى الأشغال التحضيرية ، كما فعلت محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 . حيث قالت بأن المادة (6) من اتفاقية جنيف لعام 1958 تكاد تكون قد نقلت ألفاظ مشروع لجنة القانون الدولي ، إنه ينبغي ملاحظة القاعدة بالنسبة للظروف التي اقترحت فيها ، ولاحظت المحكمة بأن القاعدة المعنية تم اقتراحها مع وجود عدة ترددات . وأنها وردت على سبيل التجربة (3).

لقد قالت المحكمة ذلك ، رغم أنها أقرت بأن مجرد التوقيع على مشروع اتفاق عام يمكن أن يعجل في تكوين القاعدة العرفية (4)

إن السؤال المطروح يتمثل في كيفية مساهمة محاولات التدوين في تكوين قاعدة عرفية ؟ أي كيف يكون التدوين أساسا لعرف لاحق ؟

---

(1) - DAUDET(Y) , Op _ cit ,P: 20 .

(2) -- GIUSEPPE (B) ,Structure de l'ordre Juridique international ; R.C.A.D.I 1978 III , T: 161 ,Leyde ,AW SIJTHOFF 1980 ,P:56 .

(3) - EISEMANN(PM) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ, 2° édition , P aris pêdone 1971 , P: 139 .

(4) - GIUEPPE (B) IBID P 56.

يمكن لحركة التدوين المساهمة في إرساء القواعد العرفية عبر آليتين : الأولى غير اتفاقية والثانية اتفاقية .

ففي حالة عدم التمكن من الوصول إلى إبرام الاتفاقية أو تعذر إيراد بند خاص بموضوع معين في الاتفاقية ، مع كون المناقشات قد دارت حوله بشكل مستفيض، كما حدث في المؤتمرين الأول والثاني بصدد حق الأفضلية في المياه المجاورة للمياه الاقليمية ، ومنطقة الصيد الخالصة ضمن مسافة (12) ميلا ؛

في مثل هذه الحالة تساهم تلك المناقشات في تكوين قاعدة عرفية ،ويضرب البعض المثال على ذلك بإعلان 2625(XXV) المؤرخ في 14/10/ 1970 المتعلق بمبادئ التعاون الدولي طبقا لميثاق الأمم المتحدة ، والقرار 3314 (XXIX) المؤرخ في 14/12/ 1974 المتعلق بتعريف العدوان ؛ حيث لا تتمتع بالقوة الإلزامية وأنها تصبح كذلك ، عندما تتصل على تدعيم العمل الدولي [1].

وعلى كل حال فإنه ينبغي البحث عن الظروف التي صدرت فيها هذه الإعلانات . فإذا كان الهدف هو إبرام اتفاقية دولية ، لم تسمح الظروف بتحقيقها ، فبرزت في شكل إعلان ، فإنها تدخل ضمن الآلية الأولى ؛ التي نحن بصدد الحديث عنها . أما إذا كان الهدف يتمثل في تحضير إعلان خاص بمادة معينة ، فإن الأمر يختلف ؛ حيث نكون وقتئذ أمام تصرف جهاز دولي مختص ، ومن ثم فهو غير ملزم .ومن الأمثلة على ذلك نشاط لجنة تعريف العدوان أو لجنة الإستخدامات السلمية لقيعان البحار والمحيطات .

أما الآلية الثانية ، فإنها تكمن في إيراد حكم جديد في اتفاقية التدوين يحمل الطبيعة الإتفاقية ، غير أنه يشترط في مثل هذا الحكم أن لايكون متصلا بهدف اتفاقية التدوين حتى لايقف مبدأ عدم ملاءمة التحفظ عائقا في وجه المراحل اللاحقة لتكوين العرف .

وبعبارة أخرى ، يشترط أن تكون القاعدة الاتفاقية قابلة للتحفظ عليها ، في حدود المادة (19) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات . وحينها يمكن أن تساهم اتفاقية التدوين في إرساء عناصر تكوين قاعدة عرفية بفضل اتساع رقعة سريانها الشخصي . أي بتحقيق انضمام الدول إلى حكمها ، وشعورهم بأنهم يتصرفون طبقا لقاعدة قانونية . بغض النظر عن مصدرها الاتفاقي . وهذا ما تقضي به المادة (38)

---

(1) - DAUDET(Y) , oP _cit , P : 11 .

من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .

هذا ، ونشير إلى أن اتفاقية التدوين يمكن أن تساهم في التعجيل بتكوين قاعدة في طور الظهور ؛ حيث يتم تتويجها بفضل المناقشات والمواقف المثارة بصدد التدوين .

الفرع الخامس : مصير إتفاقيات التدوين (نفاذها) .

يمكن القول منذ البداية ، بأن اتفاقيات التدوين تتضمن نوعين من القواعد : القواعد القائمة ، أي التي تقرر ما هو موجود " Lex lata " والقواعد المتضمنة لما يجب أن يكون " Lex ferenda " . فهل يخضع هذان النوعان لنفس القواعد في السريان ؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن الصنف الأول يكون ساريا دون الخضوع لإجراءات الأحكام الإتفاقية (التصديق) . أما الصنف الثاني فإنه يخضع لمثل هذه الإجراءات . وإذا كانت أحكام التطوير تنتمي إلى الفئة الثانية ، فإن التصديق يلعب دورا أساسيا في دخولها حيز النفاذ ، كما أن التأخر في إصداره يعرقل مسيرة تطوير أحكام القانون الدولي ؛ حيث تتراوح مدة التأخر في إصدار التصديق من ثلاث(3) سنوات إلى أربعة عشرة (14) سنة . والغريب في الأمر أن ذلك لا يعود إلى العدد الكبير المطلوب لدخول الإتفاقيات مرحلة النفاذ ، فاتفاقية فيينا للتقليل من عديمي الجنسية ، تطلبت ستة تصديقات للدخول مرحلة النفاذ ، ومع ذلك فإنها لم تصبح نافذة إلا في سنة 1975 . ولكي يتضح لنا ذلك أكثر نحيل إلى الجدول الآتي المسلط على بعض العينات من اتفاقيات التدوين (1) :

---

(1) - DAUDET (Y) , Op - cit , P: 14 -15 .

جدول توضيحي لتأخر دخول اتفاقيات التدوين مرحلة النفاذ .

المعاهدة	تاريخ نفاذها .
اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي في 58/4/29 .	1964/09/10 .
" لأعالي البحار في 1958/04/29 .	1962/09/30 .
" للجرف القاري في 1958/4/29 .	1964/06/10 .
" للصيد في 1958/4/29 .	1966/03/20 .
" فيينا للتقليل من عديمي الجنسية في 1961/8/30	1975/12/13 .
" للعلاقات الدبلوماسية في 1961/04/18 .	1964/04/24 .
% فيينا للعلاقات القنصلية في 1963/04/24 .	1967/03/19
" لقانون المعاهدات في 1969/05/23 .	1980/01/27 .

لقد أدى هذا التأخر بمقرر لجنة القانون الدولي السيد " AGO Roberto " إلى اقتراح العمل بالأنظمة المعروفة في بعض المنظمات الدولية (1) . وذلك بأن توضح الدول أسباب التأخر عن التصديق ، لكي تسعى منظمة الأمم المتحدة إلى تجاوزها ، على غرار منظمة العمل الدولية ومنظمة الصحة العالمية في المادتين (19) و(20) على التوالي . أو العمل بطريقة منظمة اليونيسكو التي تقضي بأن تكون الإتفاقية نافذة بعد مرور مدّة معينة من إبرامها .

إن هذا التأخر في التصديق يعتبر بحق المعرقل الأساسي لقيام اتفاقيات التدوين بمهمة تطوير أحكام القانون الدولي .

---

(1) - AGO (ROBERTO) , La codification du droit international et les Problemes de sa réalisation , Mélanges GUGENHEIM , GENEVE, I.H.E.I 1968, PP:117- 126 .

الفصل الثاني

الإطار العام لقيام القاعدة العرفية .

إذا كانت البلدان النامية تفضد أحكام القانون الدولي عامة، والعرف خاصة، فما هي الدعائم التي تتمسك بها؟ وما هو البديل الذي تقدمه؟

مما لا شك فيه ، أن الركيزة الأساسية التي تتمسك بها هذه البلدان، تتمثل في أن أغلب أحكام القانون الدولي وجدت في غيابها[1]. وأنها وجدت لتحكم علاقات قديمة ، لم تكن طرفا فيها ؛ وبالتالي فإنها لم تأخذ مصالحها بعين الإعتبار . بل أن بعض القواعد وجدت لتكريس استعباد واستغلال شعوب العالم الثالث ونهب خيراته ؛ كقاعدتي الحقوق المكتسبة والمناطق الإستراتيجية [2].

لكن الأوضاع المتغيرة التي شهدها المجتمع الدولي ، من الناحيتين الكمية والنوعية ، أفرزت تحولات تنظيمية وقانونية ، يمكن أن تخدم مصالح البلدان النامية .

يكمن التغير التنظيمي في ظهور منظمة الأمم المتحدة ؛ باعتبارها جهازا يضم كافة الدول ، وباعتبارها منبرا تطل منه الدول لتعبر عن مواقفها إزاء ما يجري في العالم . وكان أول حدث يعرفه المجتمع الدولي المنظم - خلال هذه المرحلة - هو تبني المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة ؛ التي تجعل الإلتزامات الناجمة عن الميثاق ذات أولوية في الإحترام عن الإلتزامات الأخرى .

أما التغيرات القانونية فإنها تمثلت في تكريس نظرية تغير الظروف، وما ترتب عنها من ظهور قواعد جديدة ؛ تتمثل في القواعد الآمرة الدولية ، التي تعتبر قيدا على إرادات الدول ؛ وبالتالي العمل الدولي .

وبعبارة أخرى، فإن التغيرات التنظيمية والقانونية بلورت عدة مبادئ تحكم المجتمع الدولي المنظم ؛ من بينها : التعايش السلمي ، السيادة النسبية، التعاون والتنمية . أي أنه وجد ما يشبه الإطار العام للعلاقات الدولية، وهو ما نتبناه كإطار عام لقيام القاعدة العرفية، مع إعطاء بعض التطبيقات في ختام هذا الفصل وذلك على النحو الآتي .

---

(1) - صادق عصام رمضان - المرجع السابق - ص 06 .
(2) - وهو ما تنص عليه المادة (16) من ميثاق الأمم المتحدة .

المبحث الأول

الإطار القانوني لقيام القاعدة العرفية ٠

يذهب أغلب فقهاء القانون الدولي إلى تأسيس القانون الدولي على فكرة الإرادة، ومن ثم اعتبار العمل الدولي مصدرا للقانون العرفي ؛ باعتباره إفرازا لهذه الإرادة ٠ فإلى أي مدى تكون الإرادة ، وبالتالي العمل الدولي ، مصدرا للعرف؟ وبتعبير آخر، هل هناك قيود يفرضها القانون الدولي على إرادات الدول لكي تساهم في بلورة الأحكام العرفية ؟ أي هل هناك نوع من التقارب بين نمط قيام العرف في القانون الداخلي وبين نمط قيامه على المسرح الدولي ؟

المعروف أن القانون الداخلي يحتوي ما يسمى بالنظام العام ؛ الذي يتكون من مجموع الضوابط المتعلقة بالمصالح العليا لنظام سياسي معين في مجتمع من المجتمعات ٠ حيث يقوم بما أوتي من قوة وأجهزة بالسهر على المحافظة على هذا النوع من الضوابط ، بسياج من السلطة العامة ، عن طريق إيقاع الجزاء على من يخالفها ٠

إن فكرة النظام العام ، تعتبر قيدا على الإرادة ؛ التي تعتبر إحدى مصادر القانون الداخلي (العقد)، وذلك عبر مؤسسة " القواعد الآمرة " ؛ التي لاتقبل التجاوز عن طريق إتفاق الأطراف ٠ فهل توجد هذه الفكرة في القانون الدولي ؟ وإن كانت موجودة فمما تتكون ؟ وما هو أثرها على القواعد العرفية ؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في المطالب الآتية ٠

المطلب الأول : الجدل حول فكرة النظام العام الدولي ٠

إن فكرة النظام العام الدولي ليست مستثناة من الجدل ٠ ويمكن ـ بصورة عامة ـ ملاحظة تيارين؛ أحدهما ينكرها على النظام القانوني الدولي ، والآخر يؤيدها وينادي بها ٠ وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول : الإتجاه الرافض لوجود فكرة النظام العام الدولي •

يستند أنصار هذا الإتجاه[1] على ثلاث نقاط رئيسية هي :

1 - أن النظام القانوني الدولي يتكون من الدول ذات السيادة •

2 - يكمن مصدر القانون الدولي في إرادة أشخاصه •

3 - إنعدام الإجراء الجزائي في القانون الدولي •

ويتفرعون إلى صنفين رئيسيين ، أحدهما يرتكز على طبيعة أشخاص القانون الدولي وثانيهما يستند على طبيعة النظام القانوني الدولي •

يدخل ضمن الفئة الأولى ، الفريق الذي يعتقد بأن[2] " أساس القانون الدولي مرتبط بمفهوم السيادة • فالدولة مستقلة سياديا " ويتم تنظيم العلاقات الدولية عن طريق " الرغبة الحسنة المستقلة من جهة ومن أخرى " • وطالما أن الدولة مستقلة وتتمتع بالسيادة (حرية التصرف داخليا وخارجيا) فإنها لاتخضع إلا لما التزمت به بإرادتها • وهذا ما يسمى فقهيا ، بمذهب التقييد الذاتي الذي يتزعمه الفقيه الألماني " JELLINEK " • بل أن الأستاذ " TRIPPEL " يعتقد بأن " كل تصرف غير مشروع ••• يمكن أن يرتقي إلى صف القواعد القانونية ، إذا كوّن مضمون معاهدة • "[3]

لايمكن الحديث عن النظام العام في ظل هذه الإتجاهات ، بسبب الإعتماد على مبدإ سلطان الإرادة (السيادة المطلقة) ، الذي يهدد وجود القانون الدولي ككل • ولذلك فإنه يفتقر إلى الدعائم القانونية والعملية ، مما يثير عددا من الأسئلة منها :

1 - إلى أي مدى بقي المجتمع الدولي يتكون من دول ذات سيادة فقط •

2 - إلى أي مدى بقيت السيادة المطلقة سائدة في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية •

لقد شهدت مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية دخول المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية مسرح العلاقات الدولية ، وبذلك وضعت حدا للسيادة كمعيار للشخصية الدولية • كما تم خلال هذه الفترة تبني المادة (193) من ميثاق

---

(1) - منهم - ROUSSEAU(CH), ANZILOTTI angelo paul; voir Robledo (AG), op. cit pages: 80-86

(2) - NICOLOUDIS (EP), Nullité de jus-cogens, cit, P 198

(3) - MAREK (K), Contribution à l'étude de jus-cogens, cit, P 462

~~ROUSSEAU VO ... SEPTI ... VOIR ROBLEDO AG ... 0~~ (4)

~~Pages 80-86~~

الأمم المتحدة، التي تقضي بأولوية الإلتزامات الناجمة من الميثاق عـن الإلتزامات الأخرى • وكذا المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي تقضي ببطلان الإلتـزامات(1) المخالفة للقواعد الآمرة الدولية • وبذلك تم الإعتراف رسميا بالسيادة النسبيـة ، ومن ثـم القضاء على مبدإ سلطان الإرادة المطلـق في العلاقات الدوليـة •

يدخل ضمن هـذه الفئـة أيضا ، أولئك الذين يعتقـدون بأن كل قاعدة قانونيـة يمكن تجاوزها ، وإلا فما هـي بقـاعـدة قـانـونيـة (2)

للإجابة على هذا الرأي ينبغي التمييز بين تجاوز القاعدة القانونيـة مـن الناحية العملية، وتجاوزها من الناحية القانونية • فبينما تكون كل القواعـد قابلة للتجاوز من الناحية العمليـة ، فإن القواعـد المكملة هي التي تسمح فقط بتجاوزها من الناحيـة القانونيـة • أما القواعـد الآمرة فلا تسمح بتجـاوزها مطلقا ، وإلا فـمـا الـغـايـة من الجزاء ؟!

ومع فكـرة الجزاء ننتقـل إلى الحديث عـن الفئـة الثانيـة ، التي ترتكز على فكرة النظام القانوني الدولي ، وذلك بـهـدف عرض رأيها حول فكـرة النظام العام الـدولـي •

وهـكـذا يرى أنصار هـذا الإتجاه ، إنعدام جهاز أعلى من الدول يفرض إرادتـه على الحكومات (3)، ومن ثم يصلـون إلى الإقتناع بانعدام الجزاء في القانـون الدولي ، وإلى التمسـك برفـض وجـود فكرة النظام العام الدولي •

بينما يـرى آخـرون(4) بأن المنازعات الدولية تعتبر دليلا على عدم إكتمال النظام العام الدولي ، الذي يشكو من نقص القواعـد الكفيلة بصقل النظام العام الدولي• ومن ثـم يتعذر الحكم على قواعد القانون الدولي(العرفية والإتفاقية) مـن حيث مطابقتها للشرعية الـدوليـة أم لا (5) .

وفي الحقيقة ، فإن هـؤلاء ينطلقون من معطيات النظام القانوني الداخلي ، ويحاولون تطبيقها علي القانون الدولي ، مما أدى بهم إلى نكران فكرة النظـام العام الدولي ، في حين كان ينبغي عليهم معرفة خصائص القانون الدولي ، التـي تتمثل أولا وقبل كل شيء في كونه قانونا حديث النشأة • وثانـيـا أنـه ينـظـم

---

(1) ـ إن الحجية السامة التي تتمتع بها القواعد الآمرة تسمـح باستعمال كلمـة " التزامات " بدلا من كلمة " المعاهدة " الواردة في(م53) السالفة الذكر•

(2) - MAREK (K) , contribution à l'etude de jus - cogens ,cit P:444 et voir THIERRY(H) ,Op - cit , P: 151 .

(3) - ROBLEDO (AG) , Op - cit , P :80.

(4) - FRIDMANN (W) , de l'effecacité des institutions internationales , cit , P: 27 .

(5) - GIANNI (G) , O p - cit ,P: 53 et NISOT(J) , le concepte de Jus cogens, Revue Belge de droit international ,1968 - 1 , BRUXELLES , institut de sociologie 1968 , P:07 .

العلاقات بين أشخاص دولية يختلفون عن أشخاص القانون الداخلي من حيث الطبيعة (أشخاص دولية) ومن حيث الإختصاص، حيث يساهم أشخاص القانون الدولي في بلورة أحكام القانون الذي يحكمهم • وهذا عكس ما هو معروف في الأنظمة القانونية الداخلية •

ثم إن فكرة الجزاء لاتعتبر معيارا للقاعدة القانونية • فإذا هتكت قاعدة معينة ثم تعذر إيقاع الجزاء على المعتدي - إما لعدم معرفته أو لتمتعه بالحصانة - فهل يعني ذلك عدم وجود القاعدة المعنية ؟! هذا على الصعيد الداخلي الذي يعرف الجزاء المركزي • ناهيك عن القانون الدولي الذي لايعرف جهازا مركزيا متطورا، على النحو المعروف في الأنظمة القانونية الداخلية • فهل يعني ذلك إنعدام فكرتي التنظيم والجزاء في القانون الدولي ؟

يعتقد البعض بوجود سلطة دولية لاجهازية " ANORGANIQUE " تخضع لها الدول فرادى[1]، وأن مخالفة أحكام القانون الدولي يثير الجزاء في شكل الرأي العام، الذي يتجسد في اتخاذ المجتمع الدولي موقفا يدعمه العمل • ولعل أبرز مثال على ذلك العقوبات الإقتصادية التي تقررها الدول في مواجهة الدولة المعتدية[2].

إن لهذه الإتجاهات الفقهية صدى على الصعيد الحكومي، وإننا سنأخذ ثلاثة نماذج منها :

1 - حاول مندوب الولايات المتحدة الأمريكية مغالطة مؤتمر فيينا لعام 1968، لغرض إبرام إتفاقية قانون المعاهدات، باقتراح صيغة للمادة المتعلقة بالقواعد الآمرة • حيث أراد أن يجعل المؤتمر لايخرج من نطاق المادة (38/1 • ج) من نظام محكمة العدل الدولية، حيث اقترح الصيغة الآتية :

" تعتبر باطلة كل معاهدة تتعارض عند إبرامها مع قاعدة آمرة من القانون الدولي العامة، والمعترف بها من طرف مجموع الأنظمة القانونية الوطنية والإقليمية في العالم، والتي لاتقبل التجاوز[3]. "

2 - أما مندوب لوكسمبور " LUXEMBOURG " فإنه تمسك بالصعوبات التي تثيرها القواعد الآمرة ابتداء من التساؤل عن معناها ووصولا إلى تحديد معنى البطلان

- QUADRI (R) , le fondement du caractere obligatoir , cit , P: 627 _ (1).

(2) _ آخر مثال على ذلك ما قررته بلدان السوق الأوروبية المشتركة واليابان وكذا الولايات المتحدة الأمريكية في مواجهة إتحاد جنوب إفريقيا في شهر أكتوبر من سنة 1986 احتجاجا عن ممارساتها العنصرية •

- ROBLEDO (AG) , Op - cit , P : 59 .-60 et CHAUMONT (ch) , cours général de droit international , cit ,P: 372. (3)

مع انعدام الجهاز الذي يعلن عنه على الصعيد الدولي .

3 - أما مندوب فرنسا فكان أكثر وضوحا في عدائه للقواعد الآمرة ، وقال : " ... نحن لانقبل النص الذي يفتح الباب للغموض والضغوط "[1] مبررا موقفه بعدم وجود معايير دقيقة للقواعد الآمرة .

نشير في ختام هذا الفرع إلى أن مختلف الإدعاءات التي يثيرها الإتجاه المعادي لفكرة النظام العام الدولي (انعدام الجهاز المركزي ، انعدام الجزاء، الغموض ..) هي ادعاءات واهية ، الغرض منها إستبعاد هذا النوع من القواعد من القانون الدولي ؛ لكي تبقى إرادات الدول العظمى هي المصدر الأساسي للقانون الدولي من غير قيد أو شرط .

الفرع الثاني : الإتجاه المعترف بوجود النظام العام الدولي .

ينطلق أنصار هذا الإتجاه[2] من أن النظام العام باعتباره بنية قانونية، فإنه يوجد في كل نظام قانوني [3]، وأن القانون الدولي باعتباره نتيجة لمواقف وتصرفات الحكومات فإنه في حاجة إليه ، لغرض إشباع الحاجات المشتركة لأعضاء المجتمع الدولي . وأنه في غياب ذلك تصطدم المصالح الضيقة بالمصلحة الجماعية، وتسود العصبية ، وتكون الإنسانية مهددة بالموت والفناء [4].

بتلك العبارات يصف بعض الأنصار أهمية النظام الدولي . إذ أنه وسيلة للحفاظ على الحياة وإشباع الحاجات الجماعية المشتركة .

يتمحور هذا الإتجاه حول النقاط الآتية :

1 - تنوع قواعد القانون الدولي .

2 - التدرج بين هذه القواعد .

3 - ضرورة احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا .

وبطبيعة الحال ، فإن النظام العام الدولي يتكون من فئة القواعد العليا ، التي تمتاز بالسمو عن غيرها من القواعد القانونية الدولية [5]. ولقد دأب الفقه على تسميتها بعدة تسميات نذكر منها :

---

(1) - CHAUMONT(ch) , cours géneral de droit international ,cit ,P:373.

(2) - منهم فيردروس، كلسن ، بين تشينغ ، أوبنهايم ، لوترباخت، ماريك ...إلخ
راجع في ذلك : - ROBLEDO (AG) , Op cit , PP : 71 - 79 .

(3) - NICOLOUDIS (EP) , N ullité de jus - cogens , cit , P: 41.

(4) - NICOLOUDIS (EP) , ibid , P: 43.

(5) - QUADRI (R) , cours general de droit international , cit , P: 335.

- القواعد الإبتدائية .
- القواعد الضرورية .
- القواعد المتصلة بالنظام الدولي الحسن .
- القواعد الملزمة " REGLES IMPERATIVES
- القواعد الآمرة " "JUS COGENS". (1)

تلتقي جميع هذه التسميات حول نقطة جوهرية ، تتمثل في أن هذه القواعد جاءت لتحمي المصالح الأساسية لأي نظام قانوني(2). لكن ما هي المصالح الحيوية الأساسية ؟ أو بالأحرى ، ما هو مضمون فكرة النظام العام ؟

يمكن تصنيف إجابات الإتجاه المعترف بالنظام العام الدولي إلى ثلاثة أصناف هي :

1 - أن المصالح الحيوية تتمثل في المفاهيم والقيم الأخلاقية الأساسية والجوهرية للمجموعة الدولية ، (التي لاتقبل التجاوز . وفي هذا الصدد يقول الأستاذ " QUADRI" مايلي :(3)

" هناك بعض القيم العليا التي يتمسك بها المجتمع الدولي والتي تتصف بطبيعة غير قابلة للتجاوز . فالمعاهدة لايمكنها مخالفة مبدإ يتصل بالقيم العليا ، الذي يعتبر من النظام العام ... فلو أبرمت اتفاقية أو معاهدة مخالفة لهذه المفاهيم الخلقية العليا فلا يوجد من يحكم بصحتها . "

ينطلق الأستاذ " ROBLEDO " من هذا القول ليؤكد وجود فكرة النظام العام حيث يقول :(4)

" ... وهذا ما يثبت وجود نظام علوي دولي حقيقي " .

إن إضفاء الصفة الأخلاقية على فكرة النظام العام ، يقلل من شأن هذا النظام ، ويجعله عرضة للخطر . ذلك لأن الجزاء الأساسي لمخالفة القواعد الأخلاقية يتمثل في تأنيب الضمير .

يستند هؤلاء على بعض القواعد التي يشهد لها المجتمع الدولي بالسمو كتحريم الإتجار بالرقيقين الأبيض والأسود ، والتعامل في المخدرات . ولكن هذه

---

(1) - NISOT (J) , oP - cit , P: 52-53., et ROBLEDO (AG) , Op_cit , P:24_ et suite .

(2) - NICOLOUDIS (EP) ,Op cit , P: 38.

(3) - QUADRI (R) , cours general de D.I.P, P:336 .

(4) - ROBLEDO (AG) ,Op - cit ,P: 78.

القواعد لاتشكل سوى جزءا يسيرا من القواعد التي يتكون منها النظام العام الدولي • ولذلك فإن أنصار هذه الفكرة يجعلون ميدان النظام العام مقتصرا على القواعد المشتقة من حقوق الإنسان فقط • وهذا نقص واضح ، حيث لايمكن أن تقوم فكرة النظام العام على هذه الفئة من القواعد فقط •

2 ـ أن المصالح الحيوية للمجتمع تتمثل أصلا في وجود القواعد الآمرة التي تتضمن تحديد أهلية التعاقد وتضفي الإلزامية على المعاهدات (1). وبعبارة أخرى ، فإن هؤلاء ينطلقون من مكانة المعاهدات كمصدر للقانون الدولي العام ، لتقرير ضرورة سلامة القواعد التي تحدد أهلية إبرامها • وتأكيد مصداقية قوتها الإلزامية • لكن هل تتمتع بالقوة الإلزامية كل المعاهدات التي يبرمها الأشخاص المؤهلون ؟

يفرق بعض الكتاب بين القانون المرخص " PERMISSIF" والقانون المانع أو الملزم " COMPULSIF" (2). ويتوصلون إلى بطلان المعاهدات المخالفة للقانون المانع نظرا لإلزاميته • ولقد ذهب الأستاذ " فيردروس " إلى قول شبيه بهذا ، حين ميز بين نوعين من المعاهدات :

أ ـ المعاهدات القابلة للإبطال باتفاق الأطراف •

ب ـ المعاهدات الباطلة بطلانا مطلقا ، لكونها مخالفة لقاعدة وضعية ملزمة ، أو لأنها تنص على شيء مستحيل ، أو لأنها تنص على شيء محرم أخلاقيا (3)

لكن هل يعني ذلك إقتصار أثر النظام العام على التصرفات الإتفاقية فقط ؟

يحيلنا هذا السؤال إلى تناول إجابة الفريق الثالث من أنصار فكرة النظام العام الدولي على السؤال المتعلق بمضمون النظام العام المشار إليه أعلاه •

3 ـ تتمثل المصالح الحيوية للمجتمع في مجموعة من القواعد التي تمنع المبادرات الفردية من القيام بأي نشاط يمس مقاصد المجموعة الدولية مباشرة (4).

يحتاج هذا القول إلى توضيح إذ ما معنى المبادرات الفردية ؟ وما معنى " القيام بأي نشاط " ؟

تعني المبادرات الفردية السلوك الوحيد الطرف ، كأن تتخذ دولة ما موقفا أو إجراء معينا • وهذا ما يوحي باستثناء التصرفات الثنائية والمتعددة الأطراف

---

(1) ـ كما يرى " غوجنهايم " نقلا عن : - ROBLEDO (AG) , Op - cit ,P: 76.

(2) ـ كما يرى " جورج داهم " نقلا عن : - ROBLEDO (AG) ibid , P: 74.

(3) ـ - ROBLEDO (AG) ,ibid ,P: 71.

(4) ـ - NICOLOUDIS (EP) , Op- cit , P: 40.

من ميدان النظام العام • فهل يعني ذلك أنه يمكن أن تمس مقاصد وجوهر المجتمع الدولي بالتعديل والإلغاء ؟

للإجابة عن هذا السؤال ، ينبغي التمييز بين القواعد الآمرة الوضعية والقواعد الآمرة غير الوضعية "JUS COGENS" • ففيما يتعلق بالصنف الأول ، فإنه يمكن للتصرفات متعددة الأطراف تعديلها وإلغاؤها واستبدالها ، طالما أنها وضعت من قبل نفس الأطراف • أما فيما يتعلق بالصنف الثاني ، فلا دخل للتصرفات الإرادية فيها • ولكي تتضح الفكرة بصورة أوضح نضرب المثال الآتي :

رغم تمتع أحكام ميثاق الأمم المتحدة بالسمو على الأحكام الإتفاقية الأخرى ، التي يبرمها أعضاء المنظمة ، طبقا للمادة (103) منه • فإن المجموعة الدولية تستطيع تعديل أحكامه [1] • أما فيما يتعلق بمبدإ حق الشعوب في تقرير المصير (قاعدة آمرة غير وضعية) ، فلا يستطيع أحد المساس بها ، حتى ولو كان الأمر يتعلق بالمجموعة الدولية •

معنى هذا ، أنه ينبغي عدم إغفال التصرفات الإتفاقية ، وما يمكن أن تحدثه في النظام العام من تجاوزات ، ويمكن استنتاج ذلك من عبارة " القيام بأي نشاط " التي جاءت عامة ، بحيث تشمل التصرفات الإنفرادية والثنائية والمتعددة الأطراف • أي أنها تشمل التصرفات الوحيدة الطرف والتصرفات الإتفاقية •

إذا كانت فكرة النظام العام موجودة ، فمتى ظهرت على الصعيد الدولي ؟ يرى البعض أن فكرة النظام العام وجدت ، في شكل القواعد الآمرة ، منذ القديم ، إذ عرف الرومان فكرة القانون الضروري "Jus necessairium" • أما على الصعيد الدولي فتعتبر حديثة الظهور [2] • حيث وردت لأول مرة في المادة (410) من مشروع " BLUNTSCHLI " (السويسري) لتقنين القانون الدولي [3] سنة 1866 ، التي تنص الفقرة الأولى منها على أن إحترام المعاهدات يُبنى على أساس الضمير والإحساس بالعدالة • أما الفقرة الثانية فإنها تقضي بما يلي :

---

(1) _ وذلك ما تحقق عدة مرات ، حيث تم تعديل الميثاق سنة 1963 (المواد 23 ، 27 ، 61) وسنة 1965 (المادة 109) وسنة 1971 (المادة 61) • للإطلاع على ذلك ، راجع ميثاق الأمم المتحدة الصفحة 199 •

(2) _ NICOLOUDIS (EP) , Op- cit ,P: 36-38 .

(3) _ ROBLEDO (AG) ,Op - cit ,P: 37 .

" وبالنتيجة فإن كل معاهدة مخالفة للقوانين العامة للإنسانية ، أو المبادئ الضرورية للقانون الدولي ، تعتبر باطلة . "

أما على الصعيد القضائي فلقد استعملت لأول مرة كلمة " JUS COGENS " في قضية " OSCAR CHINN " سنة 1934 من طرف القاضي " SCHÜCKING " حيث قال :(1)

" لا أكاد أصدق بأن العصبة بدأت في تدوين القانون الدولي ، طالما أنها لم تهتم بإنشاء القواعد الآمرة " JUS COGENS " ... إن المحكمة لاتطبق الإتفاقيات المخالفة للأخلاق ... إن فكرة النظام العام هي التي تحدد موقف القاضي ، في مثل هذه الحالات . "

ولقد جاءت المواثيق الدولية لتؤكد فكرة النظام العام ، حيث نص عليه عهد العصبة في المادة (20) ، وجاءت المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة لتؤكده مرة أخرى .

ويفضل ذلك ذهبت محكمة العدل الدولية في رأيها الإستشاري حول التحفظات على إتفاقية تحريم الإبادة ، المؤرخ في 1951/05/28 ، إلى القول :(2)

" ليس للدول المتعاقدة مصلحة خاصة ، وإنما لها جميعا ولكل واحدة منها مصلحة مشتركة . " ولقد فسر الأستاذ " ERIK SUY " هذه الفقرة بالنظام العام الدولي (3) .

ورغم كل ذلك ، فإن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 لم تكرس القواعد الآمرة إلا بصعوبة ، رغم أن لجنة القانون الدولي كانت قد أعلنت سنة 1966 بأنه :(4)

" تعتبر باطلة كل معاهدة متعارضة مع قاعدة آمرة من القانون الدولي العامة ، التي لا تسمح بأي تجاوز ، والتي لايمكن تعديلها إلا بقاعدة جديدة من القانون الدولي العامة لها نفس الصفة . "

وفي الحقيقة ، فإن فكرة النظام العام الدولي ضرورية للمجتمع الدولي . ولها عدة مبررات ، حيث يتمثل المبرر القانوني في إقرار الشرعية الدولية عن طريق تحديد الإطار الذي تمارس فيه الدول تصرفاتها القانونية الإتفاقية والإنفرادية .

---

(1) - ROBLEDO (AG) , Op - cit , P: 34.

(2) - CIJ , Recueil , 1951 , P:21 .

(3) - نقلا عن : ROBLEDO (AG), Op- cit ; P: 33.

(4) - MAREK(K) , contribution à l'etude du Jus -cogens - cit , P:457

وهذا ما يقلل من هيمنة الدول القوية على الدول الضعيفة ، ويحقق المساواة بين أعضاء المجتمع الدولي .

أما المبرر السياسي فإنه يجد دعائمه في أن النظام العام ، يدعم استقلال الدول ويساعد الشعوب المستمرة للحصول على استقلالها ، كما يحافظ على الأمن والسلم الدوليين .

أما من وجهة نظر المبررات الإجتماعية ، فإنه يحقق المساواة بين الشعوب في السيادة على ثرواتها ، ويحقق التوزيع العادل للثروات والتمتع بحقوق الإنسان ، طبقاً للمادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة .

وبكلمة مختصرة ، نقول مع الأستاذ " ش . شومون " بأن القواعد الآمرة موجودة وتلعب دورا هاما في القانون الدولي المعاصر ، وتعكس تطلعات الشعوب (1) .

المطلب الثاني : مكونات النظام العام الدولي .

إذا كان النظام العام الدولي موجودًا فما هي مكوناته ؟ وهل هناك فرق بين القواعد الآمرة وميثاق الأمم المتحدة وبعض المعاهدات العامة ؟

انطلاقا مما وصلنا إليه في المطلب السابق . يمكننا القول بأن القواعد الآمرة هي التي يقع عليها عبء تحديد النظام العام بالدرجة الأولى . غير أن بعض الفقهاء يتكلمون كذلك عن بعض المعاهدات التي لها الميزة والسمو عن التصرفات الأخرى . فأين تقع مثل هذه المعاهدات في إطار نظرية النظام العام الدولي ؟ إننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين لغرض دراسة هذه المكونات .

الفرع الأول : القواعد الآمرة الدولية .

ماذا تعني القواعد الآمرة الدولية ؟

ليس من السهل تحديد مفهوم هذا الصنف من القواعد ، في ظل المجتمع الدولي الحالي المميز بالإنقسام والمتشبث بالسيادة وسلطان الإرادة . وتبعا فإن آراء الكتاب متنوعة ومتعددة .

يرى البعض أنها تعني " الضرورة بالمعنى الأوسع قليلا " (2) ويرى آخرون أنها " تعبير عن المصلحة المشتركة لأعضاء المجتمع الدولي " (3) بينما يرى فريق ثالث

---

(1) - CHAUMONZ (ch) , Sens de droit impératif , cours de D.E.A ,France NANCY annee 77/78.

(2) -GIANNI (G) , O p-cit P :52.

(3) -ROBLEDO (AG) , Op -cit , P: 75

بأنها تتمثل في مجموعة من القواعد التي تتضمن حماية الأمور الأساسية السياسية والاقتصادية والإجتماعية لأي نظام قانوني واجتماعي، في وقت معين.(1)

صحيح أن موضوع القواعد الآمرة، ينصب على الأشياء الجوهرية في المجتمع، وأنها تهدف إلى المحافظة عليها. لكن كيف يتم ذلك؟ وما هي الوسيلة المستعملة؟

يحاول الأستاذ "كادري" الإجابة عن ذلك بقوله:

"إن القواعد الآمرة، هي مجموعة من القواعد الملزمة "REGLES OBLIGATOIRES" التي تلغي كل قاعدة مخالفة لها، سواء كانت من أصل عرفي أو إتفاقي."(2)

أي أن سلامة المصالح الحيوية والأساسية في المجتمع تتحقق بفضل إلزامية بعض القواعد القانونية وبواسطة البطلان الذي يواجه التصرفات المخالفة لها، ولكن هل تعتبر هاتان الصفتان (الإلزامية، البطلان) هما المعياران الأساسيان للقواعد الآمرة؟ وبعبارة أخرى، هل نكون أمام قاعدة آمرة كلما كنا أمام قاعدة ملزمة تفرض البطلان على تصرف سابق أو لاحق؟ أي هل يمكن للتصرفات الإتفاقية إنشاء قواعد آمرة من صنف "JUS COGENS"؟

لا يمكن قبول هذه الفكرة، لأن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" يقف حائلا دون ذلك. فإذا أبرمت اتفاقية تقضي بإلغاء تعهدات سابقة أو بطلان تعهدات لاحقة. فإنه لايوجد ما يمنع الأطراف من التراجع عما كرسته في الاتفاقية، عن طريق اتفاقية لاحقة.

إن قبول إحداث قواعد آمرة من التصرفات الإتفاقية، يؤدي إلى ظهور قواعد آمرة إقليمية وثنائية. وهو ما لا يسمح به روح المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات: الذي يشترط في القاعدة الآمرة اعتراف الجماعة الدولية بها، غير أنه ومع ذلك فإنه ينبغي الإشارة إلى السمو الذي تمتاز به بعض المعاهدات التي تحوز على الموافقة العامة "TOTUS ORBIS" من طرف أعضاء المجتمع الدولي كميثاق الأمم المتحدة.

تعبر المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، إلى قواعد القانون الدولي العامة المعترف بها من طرف الجماعة الدولية. ومن ثم تخرج كل القواعد الملزمة التي تبطل التصرفات السابقة أو اللاحقة من إطار القواعد الآمرة إذا لم

---

(1) - NICOLOUDIS (EP) , Op - cit , P: 38.

(2) - QUADRI (R) , cours général de droit international ,cit ,P: 335.

تكن من قواعد القانون الدولي العامة . لكن هل يعني هذا ، أن القواعد الآمرة وجدت للحد من سطوة مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " ؟ أي هل وجدت للحد من الحرية التعاقدية ؟

ترى الأستاذة " ماريك " بأن القواعد الآمرة " لا تعني سوى القواعد الملزمة " impé ratives " التي لا يستطيع أشخاص القانون الدولي مخالفتها باتفاق منفرد. ذلك لأن مثل هذا الإتفاق يقع تحت طائلة البطلان "(1)، وأن دور هذه القواعد ليس إلا " تحديد أهلية الأطراف المتعاقدة ومصدر إلزامية التصرفات الإتفاقية " (2)، وأن مصدر البعض من هذه القواعد هو جوهر القانون الدولي ومصدر البعض الآخر مستمد من تطور هذا القانون (3).

وبعبارة مختصرة ، فإن القواعد الآمرة ، هي قواعد ملزمة تحدد الشروط الأساسية للتعاقد والتحمل بالإلتزام ، وأن كل تصرف تعاقدي لا يحترم تلك الشروط يكون باطلا . فهل يعتبر هذا الرأي سليما ؟

يرى السيد " ERIK SUY " (المقرر السابق للجنة القانون الدولي) عكس ذلك حيث يقول :(4)

" إن قواعد " JUS - COGENS " لا تستبعد فقط إبرام معاهدة مخالفة لها ، ولكنها تستبعد كذلك كل تصرف لا يتلاءم معها ، حيث تقع كلها تحت طائلة البطلان" والغريب في الأمر أن الأستاذة " ماريك " أوردت هذا القول واستبعدته (5) بحجة إضفاء الغموض على القواعد الآمرة الدولية ، وبحجة أن الدولة الواحدة لا تستطيع ممارسة التشريع على المستوى الدولي .

وفي الحقيقة ، فإن استبعاد التصرفات غير الإتفاقية ليس له مبرر قانوني، لأن النظام العام يقتضي أن تهيمن آثاره على كل التصرفات التي تمس بحرمة القواعد الأساسية والجوهرية للمجتمع الدولي ، عن طريق تقرير البطلان لكل تصرف يخالفه . سواء كان من أصل عرفي أو إتفاقي ، وحيد الطرف أو متعدد الأطراف. ذلك لأن مخالفة النظام العام تتم في أكثر الحالات عن طريق التصرفات

---

(1) - MAREK (K) , contribution à l'etude de jus cogens,cit,P: 438 .

(2) - MAREK (K) , IBID , P: 448 .

(3) - MAREK (K) , ibid , P: 459.

(4) - نقلا عن : MAREK (K) , ibid ; P:339 - .

(5) - MAREK (K) , ibid ; P: 440- 441 .

الإنـفـراديـة ، كما هـو الحال بالنسبـة لمخالفة القواعد الآتيـة :
التفرقة العنصرية، استعمال القوة ، التدخل ، حق الشعوب في تقرير المصير .
لا وبل تلجأ الدول أحيانا إلى أطراف ليست أشخاصا دولية، وتوكل إليها مهمة القيام بنشاط مخالف للقواعد الآمرة ، كاستعمال المرتزقـة للمساس بحرمة دولة معينة، أو ممارسـة الإتجار بالرقيق ، تهربا من الرأي العام . ناهيك عن القيام بإبرام معاهدة مخالفة للقواعد الآمرة . ولقد كتب أحـد الأسـاتذة في ذلك يقول :(1)
" لكي يتم إبرام معاهـدة مخالفة للنظام العام ، ينبغي أن يتوفر نوع من الإهمال والتحكم على القانون الدولي ."

علمنا مما سبق ، إلى انعدام تعريف واضح للقواعـد الآمرة . وأن الإختلاف لا زال على أشـده بصـددها . ورغم كل ذلك فإن جميـع الآراء تتفـق على سـمـو هذا الصنف من القواعد على الأعراف والمعاهدات .

إذا كان ذلك هـو موقف الفقـه عموما ، فما هـو موقف لجنة القانون الدولي ؟.

قامت لجنة القانون الدولي بإعداد مشـروع اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ورغم أنها قدمت الصياغة النهائيـة للمادة (53) من تلك الاتفاقية ، فإنها لم تعرف القواعـد الآمرة . بل اكتفت بإسـنـاد ذلك إلى القضاء والعمل الدوليين(2). واكتفت بالإشارة إلى ذلك بقولها :(3)
" ليس الـشـكل هـو الذي يضفي على القاعدة صفة القاعدة الآمرة . ولكن الطبيعـة الخاصـة للموضـوع الذي تطبـق فيـه ، هـو الذي يمكن أن يضفي عليها صـفـة القاعدة الآمـرة . " وهكذا تم تكريس المادة (53) بالصيغة الآتيـة :(4)
" تعتبـر المعاهدة باطلـة بطلانا مطلقا إذا كانت وقت إبرامها تتعارض مع قاعدة آمـرة مـن قواعد القانون الدولي العامة ، ولأغراض هـذه الاتفاقية ، تعتبـر قاعدة آمـرة من قواعد القانون الدولي العامة ، القاعدة المقبولة والمعترف بها مـن الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقـة من قواعد القانون الدولي العامـة لها ذات الصـفـة . "

---

(1) - THIERRY (H) , Op - cit ; P: 151.

(2) - نقلا عن : ROBLEDO (AG) ; Op -cit , P: 52.

(3) - نقلا عن : CHAUMONT (ch) , cours general de droit international , cit ,P: 371

(4) - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 ترجمة الدكتور أحمد عصمت عـبـد المجيـد .

وتبعا لما سبق، فإننا نعتقد بأن القواعد الآمرة هي مجموعة من القواعد المتصلة بخصوص المجتمع الدولي، يتطلبها السير الحسن والمنتظم للعلاقات الدولية، ولذلك فهي في مركز أسمى من التصرفات الدولية الفردية وغير الفردية.

يذهب بعض الكتاب إلى تقسيم القواعد الآمرة إلى صنفين : (1)

أما الصنف الأول فهو مستقر، ومتفق بشأنه، ويتكون من القواعد الآتية :

- تحريم إستعمال القوة .
- تحريم إستخدام الرقيق .
- " " القرصنة .
- " " الإبادة .

وأما الصنف الثاني فلم يستقر عليها الرأي العام - كما يعتقدون - وتتكون من:

- المساواة بين الدول .
- حق الشعوب في تقرير المصير .

إننا لا نتفق مع هذا التصنيف، خاصة في اعتقاده أن مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير، يقع ضمن القواعد الأقل إجماعا بشأنها رغم الآثار الملموسة التي أحدثها في بداية الستينات، كما أن الرأي العام العالمي يؤكده في كل يوم أكثر من مرة . ولعل الأستاذ "شومون" - صاحب التصنيف - انتبه إلى ذلك في دراسته اللاحقة[2]، حيث اكتفى فقط بذكر القواعد الآمرة كما وردت في الأعمال التحضيرية لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وذلك على النحو الآتي :

- تحريم استعمال القوة .
- " " القرصنة .
- " " إستخدام الرقيق .
- " " الإبادة .
- " " التفرقة العنصرية .
- " " الإرهاب .
- مساواة الشعوب في تقرير المصير .
- سيادة الشعوب على ثرواتها الطبيعية .
- مبدأ حسن النية .
- سيادة الدول .

---

(1) - CHAUMONT(ch) , cours général de droit international public , cit , P: 371.

(2) - CHAUMONT (ch) , Sens de droit impératif général ,cours, de D.E.A france , Nancy , année 77/78.

يعتبر رأي الأستاذ " شومون" من بين الآثار المترتبة على أعمال لجنة القانون الدولي المتعلقة بتحضير اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات •

وعلى كل حال يمكن ذكر بعض القواعد التي تتبناها الكتلتان الشرقية والغربية، في شكل القواعد الآمرة، التي تحدد شروط الأمن والسلم بأوروبا(1) حيث جاء في اتفاقيات " هلسنكي " المبرمة بتاريخ 1975/08/01 والمتعلقة بالأمن والتعاون في أوروبا ، مايلي من المبادئ(2):

- التساوي في السيادة واحترام الحقوق المترتبة عليها •
- عدم اللجوء إلى التهديد أو استعمال القوة •
- عدم التعدي على الحدود •
- الوحدة الإقليمية للدولة •
- حل المنازعات بالطرق السلمية •
- عدم التدخل في الشؤون الداخلية •
- احترام حقوق الإنسان •
- المساواة بين الشعوب وحق الشعوب في تقرير المصير •
- التعاون بين الدول •
- تنفيذ الإلتزامات بحسن نية.

نلاحظ غياب عدد من القواعد الآمرة المعروفة كتحريم الإبادة والإتجار بالرقيق والقرصنة • غير أن ذلك لايعتبر دليلا على نكران أطراف الإتفاقية الأخيرة صفة القواعد الآمرة على تلك القواعد • إنما اكتفت (الإتفاقية) بذكر القواعد التي لها علاقة بضمان التعايش السلمي بين الكتلتين فقط •

---

(1) ـ صادق على هذه الإتفاقية خمسة وثلاثون(35) رئيس دولة وحكومة وهم ممثلوا ألمانيا الشرقية ، ألمانيا الغربية، الولايات المتحدة الأمريكية ، النمسا ، بلجيكا ، بلغاريا ، كندا ،قبرص، الدانمارك، أسبانيا ، فنلندة ، فرنسا ، بريطانيا ، اليونان ، بلغاريا ، بولونيا ، إسلندا ، إيطاليا ، لكسمبورغ ، مالطا ، موناكو ، هولندا ، البرتغال ، رومانيا ، سان مران ، سانسياج ، السويد ، سويسرا ، تشكوسلوفاكيا ، الإتحاد السوفياتي ، ويوغوسلافيا •
راجع في ذلك ـ علي بوزار ـ استراتيجية وأمن دولي ـ مجلة الجيش ـ السنة (22) العدد 266 الصادر في شهر ماي 1986 • ص13•

(2) ـ علي بوزار ـ المرجع السابق ـ ص14 •

حاول العديد من الكتاب تصنيف القواعد الآمرة ، من بينهم " "PUCFIRO FIPOLI" الذي يعتقد بأنها تتوزع على الشكل الآتي : (1)

1 ـ القواعد المتعلقة بالمصالح الحيوية للمجموعة الدولية ، كتحريم استعمال القوة أو التهديد بها ، القرصنة ، حرية أعالي البحار .

2 ـ القواعد التي تحمي حقوق الدول كالمساواة في السيادة ، حق الشعوب في تقرير المصير وعدم التدخل .

3 ـ القواعد التي تحمي الحقوق الأساسية للإنسان ، كحرمة الرق ، حرمة الإتجار بالرقيق ، تحريم الإبادة .

وهكذا فإن عدم وجود تعريف واضح لهذه القواعد ، لم يمنع من تقديم بعض النماذج عنها . وهو ما يؤكد فكرة وجود النظام العام الدولي . الأمر الذي يدعم اختيارنا لاعتباره إطارا لسلوك الدول الفردي والجماعي لقيام العرف، رغم وجود الجدل حوله (حول النظام العام) . هذا الجدل الذي يعتبر ملازما لوجود وتطور العلوم الاجتماعية بصورة عامة والقانون الدولي بصورة خاصة .

الفرع الثاني : المعاهدات الدولية السامية .

المعاهدة تصرف إرادي بين دولتين أو أكثر . ولذلك فإنها تخضع لقاعدتي " الخاص يقيد العام " و " اللاحق يلغي السابق " .

إن سمو بعض المعاهدات على البعض الآخر مثار إشكال ، خاصة عندما تقرر المعاهدة ضرورة عدم تعارض التصرفات اللاحقة مع الأحكام المدونة في المعاهدة الأولى . كأن تشترط البطلان في حالة التعارض أو تشترط أولوية أحكام المعاهدة الأولى فقط . تبدو هذه الإمكانية متعارضة مع قاعدة " اللاحق يلغي السابق " ومع ذلك فقد يتفق أطراف المعاهدة على ذلك ، حيث يتحقق تقييد قاعدة اللاحق يلغي السابق . أليس هذا هو السمو ؟ لماذا اشترطت المعاهدة السابقة على المعاهدة اللاحقة عدم التعارض ؟ ما هو سر ذلك ؟

يقول الأستاذ " كاري رولاندو " (2) : " إذا نجحت المعاهدات ... في التعبير عن المبدإ ، أي إرادة الهيكل الاجتماعي ، فإن ذلك المبدأ يسمو بها على الأعراف والمعاهدات ، بسبب قوته الإبتدائية "

---

(1) - ROBLEDO (AG) ,Op - cit ;P: 172 -173.

(2) - QUABRI (R) , cours général de D.I.P ; cit ,P: 339.

وبعبارة أخرى ، فإن المعاهدة التي تحتوي على ضابط من الضوابط الآمرة ، تكون لها الأولوية . وهذا شيء آخر . باعتبار سمو تلك الإتفاقية مستمد من احتوائها على قاعدة آمرة .

إننا نريد دراسة سمو أحكام بعض المعاهدات على البعض الآخر باعتبارها نتاجا إراديا .

يذهب البعض إلى أن إرادة الدول يمكنها أن تحدث قيدا على نفسها أو على بعض أطرافها ، ومن الأمثلة على ذلك[1]:

العهد البولوني - السوفياتي لعام 1941 الذي يقضي بإنهاء صحة المعاهدة البولونية الألمانية لعام 1939 المتعلقة بتغيير حدود بولونيا .

كما أن المادة (31) من معاهدة السلام بين الحلفاء وإيطاليا لسنة 1947 تقضي :

" تعترف إيطاليا بأن جميع الإتفاقيات والتسويات التي تمت بينها وبين السلطات القائمة في ألبانيا ، في المدة الممتدة بين 04/07 و 12/03/ 1943 ، تعتبر باطلة".

وفي الحقيقة ، فإن مثل هذه المعاهدات هي معاهدات الصلح لها آثار رجعية . لكن المشكل الحقيقي لقضية السمو يطرح بصدد المادتين (20) من عهد العصبة و (103) من ميثاق الأمم المتحدة .

تنص المادة (20) من عهد عصبة الأمم على مايلي[2]:

" تعترف الدول الأعضاء في العصبة ، كل فيما يخصها ، بأن هذا الميثاق يلغي كافة الإلتزامات أو الإتفاقيات التي تتعارض مع أحكامه . وتتعهد علنا بعدم إبرام إتفاقيات مماثلة في المستقبل . "

أما المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة فإنها تنص على[3]:

" في حالة التنازع بين التزامات أعضاء الأمم المتحدة ، بمقتضى هذا الميثاق، والتزاماتها بمقتضى إتفاق دولي آخر ، فان الأولوية تكون للأولى . "

إن المادتين السابقتين تبينان سمو نوع من التصرفات الإرادية عن بعضها الآخر . علما بأن لكل مادة مميزاتها . فبينما اشترطت المادة (20) إلغاء المعاهدة المخالفة لها؛ التي تم إبرامها قبل ظهور العهد ، وذلك باتخاذ تدابير فورية للتخلص منها من جهة ، والتعهد بعدم إبرام اتفاقيات مماثلة في المستقبل، من جهة ثانية .

---

(1) - MAREK (K) , contribution à l'étude de jus -cogens , cit ,P: 455.

(2) - MAREK(K) , ibid ;P:442-443.

(3) - راجع في ذلك ميثاق الأمم المتحدة .

وبالمقابل فإن المادة (203) اكتفت بالقول بأولوية الإلتزامات الناجمة عن الميثاق دون الحكم عليها بالبطلان ، ودون الإشارة إلى الإلتزامات المحتملة في المستقبل . وهذا تراجع واضح عن الموقف المعلن في العصبة .

استنادا على هذا الصنف من المواد توصل البعض إلى القول بأن أحكام الميثاق هي من قبيل القواعد الآمرة[1]. فإلى أي مدى يصح هذا القول ؟

إن الميثاق تصرف اتفاقي ينتمي إلى الإتفاقيات الشارعة . وطالما هو كذلك، فإنه يخضع لإجراء الإنسحاب[2]، المعروف في المعاهدات . وتبعا للمقولة القائلة بأن الإنضمام والإنسحاب تصرفان سياديان . فإن الدول الأطراف تستطيع الإنسحاب ومن ثم التهرب من الإلتزامات المترتبة عن المادة (103) المذكورة . بل أن الميثاق نفسه يقر بإمكانية سحب صفة العضوية من الدولة التي تخل باستمرار بالأحكام المعلنة في الميثاق (المادة 06 منه) . فكيف يمكن القول بأن أحكام الميثاق تشكل قواعد آمرة ؟

وفي الحقيقة ، فإنه لو كانت أحكام الميثاق من طبيعة آمرة لما دعت الحاجة إلى إيراد المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .

لكن إذا لم تكن المادة (103) قاعدة آمرة . فما هو مركزها القانوني في سياق الموضوع ؟

تختلف هذه المادة عن الأحكام الإتفاقية الأخرى ، في أنها تنصب على موضوع يتعلق ~~بالتحديد~~ تحديد الحرية التعاقدية للدول الأطراف بصورة أو بأخرى . والمثال الحي والواضح على هذا التقييد ، هذا المقطع من المادة (20) من عهد العصبة " وتتعهد علنا بعدم إبرام إتفاقيات مماثلة في المستقبل " .

وتبعا لذلك فإن مثل هذه المواد تساهم بقسط ما في تحديد إطار الشرعية الدولية والنظام العام الدولي . لكنها تقع في مركز أدنى من القواعد الآمرة الدولية ، لكونها نتاجا لإرادات الدول التي تخضع للقواعد الآمرة الدولية . وبعبارة أخرى، لكونها واردة في الميثاق الذي من المفروض أن يكون مطابقا للقواعد الآمرة الدولية وليس العكس[3].

---

(1) - THIERRY (H) ,Op-cit ;P: 151.

(2) - MAREK (K) , contrìbution à l'é tude de jus cogens,cit; P: 443.

(3) - CHAUMONT (ch) , Sens de droit impératif général , cours de D.E. A France ; Nancy , annéé 77/78.

المطلب الثالث: أثر النظام العام على القاعدة العرفية

نتعرض في هذا المطلب للجانب العملي لنظرية النظام العام • أي ما هو تأثير النظام العام على العرف؟

لكي نجيب عن هذا السؤال ، ينبغي أن نميز بين مرحلتين ، تميزهما القاعدة العرفية : مرحلة التحضير أو الصيرورة ، مرحلة الإكتمال والتطبيق •

الفرع الأول : أثر النظام العام في مرحلة تحضير القاعدة العرفية •

ماذا يعني تحضير القاعدة العرفية؟

يعني تحضير القاعدة العرفية كل المراحل السابقة لإكتمال القاعدة • أي أنه يعني السوابق المساهمة في بلورة قاعدة ما • فما هو أثر النظام العام على هذه التصرفات؟

قديما قيل أنه لا يوجد في القانون الدولي قواعد كافية لصقل وبلورة النظام العام ، حتى يمكن الحكم بمطابقة العرف (ومن ثم التصرفات المساهمة في بلورته) لهذا النظام أو عدم مطابقته له •[1] أما الآن ، وبعد أن تبلور النظام العام الدولي ، ولو جزئيا ، فإن مسألة تطابق العرف أو مكوناته تبدو ممكنة في حدود تبلور النظام العام •

على الرغم من أن المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لم تتكلم عن جزاء مخالفة النظام العام[2] في مواجهة العرف ، ولا في مواجهة السوابق المكونة له • بل أنها تكلمت عن التصرفات الاتفاقية فقط ، ولا غرابة في ذلك ، طالما أن الإتفاقية المذكورة تنظم قانون المعاهدات ، ولاتقوم بتحديد الشرعية الدولية •

لقد قررت هذه المادة البطلان للمعاهدات السابقة واللاحقة المخالفة لها • غير أن الفقهاء أضفوا على نظرية النظام العام وقواعد " JUS COGENS " المكونة له ، الحجية العامة ، وبسطوها فشملت[3] من بين ماشملت القواعد العرفية

---

(1) - GIANNI (G) , Op-cit ;P: 53.

(2) - ورد جزاء مخالفة القواعد الآمرة في المادتين (64) و(71) من الاتفاقية المذكورة •

(3) - راجع في ذلك الصفحة (192) وما بعدها من هذا البحث •

فإذا كانت نظرية النظام العام تهيمن على كافة التصرفات بفرض البطلان عليها اذا كانت مخالفة لها ، فإن نتيجة "السوابق" المخالفة لها تكون عديمة الأثر من حيث مساهمتها في بلورة الأحكام العرفية ؛ لكونها باطلة بطلانا مطلقا . وهذا ما نلاحظه مثلا بصدد قاعدة عدم التدخل ، حيث تعددت السوابق المخلة بها (التدخل) . ومع ذلك فإنها لم تتحول إلى قاعدة عرفية ولن تتحول أبدا ، ما دام مبدأ عدم التدخل قائما . والسبب في ذلك هو عدم شرعية السوابق ؛ ولذلك نجد كل طرف يحاول تكييف عمله (تدخله) بالدفاع الشرعي حتى يرفع عنه عدم الشرعية ، وهكذا نجد فييتنام الشمالية التي يناصرها الإتحاد السوفياتي[1]، تصف موقف الولايات المتحدة الأمريكية مع فييتنام الجنوبية بالتدخل غير المشروع . في حين يعتبر هذا الأخير موقفه دفاعا شرعيا ضد اعتداءات الفريق الأول . وتتمسك فييتنام الجنوبية والولايات المتحدة الأمريكية بالمادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة ، التي تعترف بحق الدفاع الشرعي الفردي والجماعي .

وحين استعمل العراق الأسلحة الكيمياوية في حربه مع إيران ادعى كذلك بالدفاع الشرعي .

لقد وجدت لمية التكييف القانوني الإصطناعي في عهد العصبة وميثاق الأمم المتحدة . فالعهد يصف الإنتداب بالمهمة المقدسة ، والميثاق يصف الوصاية بنفس الوصف (م73) . والجدير بالذكر أن الوصاية مقسمة إلى ثلاثة أصناف، كما تنص المادة (77) من الميثاق ؛

أ- الأقاليم التي كانت تحت الإنتداب .

ب- الأقاليم المقتطعة من الأعداء إثر الحرب العالمية الثانية .

ج- الأقاليم الموضوعة إراديا تحت هذا النظام من طرف الدول المديرة لها .

ففي ما يخص الفئة (أ) فإننا نعلم جيدا وضع فلسطين وحالة ناميبيا . ويبقى (ب) و (ج) وأقل ما يقال عنهما ، أنهما محاولة لإضفاء الشرعية على الإستعمار . ولما كان مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير أسمى من الميثاق ، فإن عدم شرعية هذه المؤسسات أمر لا مفر منه .

---

(1) - QUADRI (R) , cours général de D.I.P; cit ,P: 336. et voir : FRIDMANN(W) , de l'effecacité des institutions internationales; cit , P: 32-33.

وتبعا لذلك ، تقع هذه المواد تحت طائلة البطلان . ويقع السلوك أو السوابق المتعلقة بها تحت وصف عدم الشرعية والبطلان . ومن ثم فإنها تفقد القدرة على المساهمة في تكوين العرف ولو تكررت في نصوص معاهدات أخرى .

الفرع الثاني : أثر النظام العام على [تطبيق] القاعدة العرفية .

إن أثر النظام العام على القاعدة العرفية هام جدا . والسبب في ذلك أن معظم القواعد العرفية تكونت في غياب النظام العام الدولي ، ولذلك فإن وجوده يقتضي غربلة مثل هذه القواعد . ثم إن التطور سنة من سنن الله في خلقه ، وعليه - وكما تصور المادة (53) من اتفاقية فيينا من قانون المعاهدات - فإن إمكانية ظهور ضوابط آمرة جديدة أمر وارد بالحسبان . وتبعا لذلك فإنه ينبغي دراسة أثر النظام العام على القاعدة العرفية .

وبعبارة أخرى ، إذا كان جزاء مخالفة النظام العام هو البطلان . فهل تعتبر الأعراف المخالفة له باطلة ؟

إذا كانت المادة (53) السالفة الذكر والمادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة تتكلمان عن المعاهدات ، فهل يمكن أن يشمل حكمهما القواعد العرفية ؟

يطرح الأستاذ " تييري " سؤالا شبيها بهذا ، ويجيب بعلامة استفهام حيث يقول :(1)

" إن الإجابتين السلبية والإجابية لا تفيان بالغرض . " ويستاء الأستاذ نفسه لكون القواعد الآمرة مكرسة جزئيا في القانون الدولي ، باقتصارها على المعاهدات الدولية فقط ، في الوقت الذي كان يجب أن تمتد حجيتها العامة إلى جميع القواعد القانونية . وبعد ذلك يقول بأنه - في الوضع القانوني الحالي - يمكن للتصرف المنفرد أن يكون نافذا بالنسبة للدول التي تقبل به ، والسبب في ذلك نسبية المراكز القانونية .(2)

وفي الحقيقة ، فإنه ينبغي ملاحظة السياق النظري لأساس القانون الدولي ، قبل الإجابة على السؤال المطروح . هذا السياق الذي يؤكد حقيقة هامة .

---

(1) - THIERRY (H) , Op -cit ;P: 151.

(2) - thierry (h) , ibid ; P: 151w

مكرسة في المواثيق الدولية ، ألا وهي النظرية الإرادية ، كمصدر للقانون الدولي العام . ولقد تجلى ذلك في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية .

من بين ما تعني النظرية الإرادية أولوية التعبير الصريح عن التعبير الضمني ، وأن ما ينطبق على التعبير الصريح ينطبق على التعبير الضمني في حالة ثبوته . وتبعا لهذا الإستنتاج ، نتوصل إلى بطلان الأعراف المخالفة للقواعد الآمرة .

يؤكد هذا الإتجاه عدد من الكتاب ، نذكر منهم " نيقولوديس " الذي يعتقد بسمو البطلان (جزاء مخالفة النظام العام) على كافة التصرفات القانونية .(1) ويقول الأستاذ " كادري رولاندو " في ذلك مايلي :(2)

" ... فإذا كانت هذه المبادئ (القواعد الآمرة) هي التي تحدد القوة الملزمة للمعاهدات والأعراف ، فإنه ينبغي على هذين الأخيرين عدم الوقوع في التناقض مع هذه المبادئ لكي تكون صحيحة ، ومخالفة القاعدة العرفية أو الاتفاقية لهذه المبادئ يجعلها باطلة . "

وهذا هو الصواب على ما نعتقد ، ذلك لأن أغلب القواعد القانونية الدولية تعود في أصلها إلى العرف . فإذا كانت تقع خارج اختصاص القواعد الآمرة فإن ذلك يؤدي إلى التقليص من ميدان فكرة النظام العام الدولي . وهذا ما يرفضه الذوق القانوني السليم .

يترتب على هذه السعة لفكرة النظام العام ، سقوط عدة قواعد عرفية تحت طائلة عدم الشرعية والبطلان ، نذكر منها :

قاعدة الحقوق المكتسبة ، التي تسقط بفضل قاعدة تغير الظروف وحق الشعوب في تقرير المصير . كما تسقط القاعدة القائلة بأن أشخاص القانون الدولي يتكونون من الدول فقط . وتسقط قاعدة امتياز مصالح بعض الدول على مصالح البعض الآخر بقاعدة المساواة في السيادة بين الدول .

لكن ما هو الحد الذي يستدعي تدخل القواعد الآمرة لإحداث آثارها (البطلان).

---

(1) - NICOLOUDIS (EP) , la nullité de jus-cogens; cit ;P: 65.

(2) - QUADRI (R) , cours général de D.I.P; P: 335 etss .

يرى البعض أن إنعدام التطابق البسيط بين القواعد الآمرة والقواعد القانونية الأخرى من حيث المضمون ، لا يستدعي البطلان . بل أن النظام العام يتدخل في الظروف الإستثنائية بناء" على أسس أكيدة . وعندما لا يمس المعمور القانوني الدولي بأي تجاوز لمبادئه" (1) ويعللون ذلك بالوضع الدولي الراهن غير القابل للتنظيم الدقيق والجامد .

يمكننا تقبل هذه الفكرة للأسباب الآتية :

إنه - في الحالة المعروضة - يمكن تعديل البند الذي لا يتناسب مع مضمون قاعدة آمرة معينة . كما يمكن إيراد بند خاص بتفسير البند المعني (الذي يبدو غير مطابق لمضمون قاعدة آمرة) ، أو إيراد تحفظ بشأنه . والعبرة في كل ذلك هي سلامة جوهر النظام القانوني بالدرجة الأولى . لكن من له حق إعلان عدم تطابق سلوك ما مع القواعد الآمرة ؟

أسند البعض هذه المهمة إلى جهاز قضائي منصف أو جهاز تشريعي (2). غير أن ذلك لايتوفر على الصعيد الدولي ، حيث لا زال القضاء إختياريا ، ولا يوجد جهاز تشريعي . الأمر الذي يولد عدة صعوبات في هذا الصدد .

وفي الحقيقة ، فإن قيام قاعدة مخالفة لقاعدة آمرة ، أو القيام بتطبيقها يولد عدة متاعب على صعيد العلاقات الدولية . ويحدث أوضاعا شاذة كذلك . ويتم إيجاد الحلول لتلك المتاعب بكافة الطرق الودية ، كالتحكيم والقضاء والتوفيق وعرض النزاع على مؤتمر دولي .

يبدو أن عرض النزاع على مؤتمر دولي أفضل من القضاء أو التحكيم أو التوفيق ، نظرا للمشاركة الجماعية في إيجاد الحل للقضية المعروضة . وهكذا يمكن إسناد هذه المهمة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة ، التي تتمتع باختصاص واسع طبقا للمادة (11) من الميثاق التي تعطي الجمعية العامة صلاحيات عامة لمناقشة ودراسة كافة المسائل المتعلقة بمبادئ التعاون والمحافظة على الأمن والسلم الدوليين . وطبقا للمادة (13) منه ، التي تحدثت عن تدوين وتطوير القانون الدولي ، وعلى أن تلجأ الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة للقيام بهذه المهمة بالأجهزة والخبراء

---

(1) - QUADRI (r) , cours général de D.I.P; P: 336.

(2) - MAREK(K) , contribution à l'etude de jus cogens; cit ;P: 459 .

التابعين لمنظمة الأمم المتحدة بما في ذلك محكمة العدل الدولية طبقا للمادة (96) من الميثاق ، أو تنشئ الأجهزة التي تراها مناسبة طبقا للمادة (22) منه .

وأخيرا ، فإن القاعدة العرفية المخالفة لضابط من الضوابط الآمرة تعتبر باطلة إذا كانت قائمة قبل ظهور القاعدة الآمرة . أما إذا كانت لم تظهر للوجود بعد ، فإن الطريق يكون مسدودا أمامها للظهور ، باعتبار كون السوابق التي تساهم في إنشائها غير مشروعة وباطلة من الناحية القانونية . ولذلك يتعذر عليها المساهمة في تكوين قاعدة عرفية في هذا الإتجاه .

وبذلك تتأكد مصداقية الحجية العامة للقواعد المكونة للنظام العام الدولي ، خاصة منها القواعد الآمرة الدولية ؛ حيث تتحقق هيمنة النظام العام الدولي على بقية قواعد القانون الدولي . ناهيك عن التصرفات والسوابق التي قد يعرفها مسرح العلاقات الدولية .

وبهذا يكتمل الإطار القانوني لقيام القاعدة العرفية التي تعتبر بحق مصدراً للقانون الدولي العام . لكن هل يكفي الإطار القانوني وحده لتحقيق ذلك ؟

تحلينا الإجابة على هذا السؤال إلى المبحث الآتي .

المبحث الثاني

الإطار السياسي والاجتماعي لقيام العرف

عرف المجتمع الدولي ، بعد الحربين العالميتين ، تغيرات سياسية واجتماعية بالإضافة إلى التغيرات العسكرية ؛ حيث اقتحم الإتحاد السوفياتي أسوار النادي المغلق وظهرت بذلك إيديولوجيتان متناقضتان على الصعيد الدولي ، وكل منهما يترقب الآخر في حرب باردة •

وعلى الصعيد التحرري ، تحركت الشعوب المستعمرة لنيل استقلالها • وترتب على ذلك ظهور دول جديدة مستقلة ، شكلت فيما بعد كتلة مستقلة تسمى بعدم الإنحياز•

في خضم هذه الظروف وجدت الدول أنفسها أمام عدة تناقضات [1] فمن جهة تريد أن تتعامل مع الدول الأخرى ، ومن جهة أخرى فإنها حريصة كل الحرص على استقلالها • ومن جهة تريد إرساء دعائم قانون يكفل المصالح المتبادلة لجميع الدول ، ومن جهة أخرى فهي مقيدة بقيود القانون القديم •

ومن جهة فإن الحرب هي التي أفقدتها سيادتها أو عطلتها ، ومن جهة أخرى فإن هذه الشعوب استرجعت سيادتها بعد خوض غمار حرب تحريرية •

لقد أفرزت هذه الظروف معطيات جديدة نذكر منها :

1 ـ التعايش السلمي ؛ الذي وجد الإتحاد السوفياتي مناسبة لطرحه على الجمعية العامة سنة 1960 بمناسبة دراسة عدد من المبادئ لغرض التدوين [2] •

2 ـ السيادة النسبية ، سواء باعتماد ميثاق الأمم المتحدة ، خاصة المادة (103) منه ، أو باعتماد المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات •

3 ـ ضرورة إعادة بناء ما هدمته الحروب ، وإصلاح ما أفسده الإستعمار والسعي للحاق بالركب الحضاري عن طريق التنمية •

وتبعا لذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية •

---

(1) ـ نذكر منها التعاون والاستقلال الوطني ، النظام القانوني الدولي والثورة ، حق الشعوب في تقرير المصير ومناطق النفوذ • راجع في ذلك :

- CHAUMANT (ch) , cours géneral de droit international public,cit,P:348 et FRIDMANN(W) , NOUVEAUX ASPECTS du drpit international,traduit par/: M'r LAPRADELLE,PARIS , édition internationale 1971, PP: 7-25 .

(2) ـ CHAUMANT (ch) , ibid , P: 377.

المطلب الأول : التمايش السلمي .

بالإضافة إلى التناقضات السابقة ، هناك عنصر لايقل أهمية ، بل أنه قد يكون الحافز والمبرر الأكبر حقا لضرورة التمايش السلمي بين مختلف الأنظمة السياسية والاجتماعية . ويتمثل هذا العنصر في مخاطر الحرب النووية ، التي لاتبقي ولا تذر ، خاصة وأن امتلاك وسائلها يتوسع من حين لآخر ، وهذا ما جعل السياسيين يضعون مبدأ استمرار الحياة قبل الصراعات الإيديولوجية (المحافظة على الأبدان قبل المحافظة على الأديان). وبذلك ظهرت فكرة التمايش السلمي ، باعتبارهما نتيجة مناسبة للبنية التحتية العالمية غير الموحدة[1].

إن قيام نظام دولي مستمر ، يستدعي توافر الشرعية والديموقراطية كما يرى البعض[2] : " إن مبدأ الشرعية يجعل أجهزة الدولة تنصاع للقواعد المحددة مسبقا ... وهذا مايستكمل به تحقيق مبدأ الديموقراطية . حيث يكون القانون هو السائد ."

وعلى ضوء المبحث السابق فإن إطار الشرعية قد تحدد ولو بصورة جزئية . ولا يبقى - إذن - سوى سيادة الديموقراطية لقيام نظام دولي مستمر .

تعني الديموقراطية من بين ما تعني ، سيادة التمايش السلمي ، الذي يعني " عدم الجدل في شرعية الأنظمة السياسية "[3]، كل دولة حرة في اختيار النظام السياسي الذي تراه مناسبا . وبتعبير آخر . لايكون الإختلاف في نوع النظام السياسي سببا لقيام الحرب وتمزق المجتمع الدولي وتشتته . إذ أن التمايش والتبادل الذبلوماسي هما الشرطان الضروريان لتماسك المجتمع الدولي ، وتحقيق الرقي الاجتماعي الذي تكلمت عنه ديباجة ميثاق الأمم المتحدة .

إذا كانت هذه بعض مبررات التمايش السلمي ، فكيف ظهر ؟ وكيف تم فهمه ؟ وماهو مقياره ؟

---

(1) - FRIDMANN(W) ,Nouveaux aspects dedroit international ,cit;24125

et Voir CHAUMANT (ch) , SENS de droit impératif , cours de DEA France , Nancy 1977/1978.

(2) - TROUTSOS(A) , Politique et droit dans les relatons internationales ATHENES , P et Klissiounis 1967, P: 156.

(3) - كما يرى الأستاذ " تونكين" والأستاذة " باستيد" انظر في ذلك :

تونكين - القانون الدولي العام المشار إليه - ص 62 و انظر كذلك :

- CHAUMANT (ch) ,Sens de droit impératif général , cours de D.E.A, France , NANCY 1977/78.

يقول الأستاذ " شومون " : " قدم الاتحاد السوفياتي اقتراحا مفاده دراسة مبدأ التعايش السلمي من بين المواضيع المراد تدوينها (1). ثم قامت الدول الغربية بالإحتجاج على ذلك، بحجة أن هذا المبدأ سياسي بحت . ولا يمكن أن يكون له معنى قانونيا ، فتقدمت باقتراح تبديله بمبدإ : العلاقات الودية والتعاون فيما بين الدول طبقا للمادة الأولى الفقرة الثانية والثالثة من ميثاق الأمم المتحدة ، فوافق أعضاء الوفد السوفياتي على لسان تونكين على ذلك . ولكنه استمر في استعمال مصطلح " التعايش السلمي ".

يتضمن التعايش السلمي طبقا لمندوب الإتحاد السوفياتي في الأمم المتحدة رفض الحرب، تسوية العلاقات بالطرق السلمية، عدم التدخل، حرية الإختيار والسيادة والمساواة (2)

يعتقد تونكين بأن التعايش السلمي يغطي جميع المبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة (3).

وفي الحقيقة ، فإن هناك تقارب بين المفهومين الغربي والسوفياتي ، ذلك أن المندوب السوفياتي يفهم المبدأ من خلال المادة الأولى الفقرتين الأولى والثانية من الميثاق، بينما يفهمها الإتجاه الغربي طبقا للمادة الأولي الفقرتين الثانية والثالثة من الميثاق .

أما إذا نظرنا إلى موقف مؤتمر الأحزاب الشيوعية المنعقد بموسكو سنة 1969 فإننا نجده يتمذهب مذهبا آخر ، لايتفق مع الأول . ذلك أنه يعتقد بأن التعايش السلمي يتمثل في " عرقلة المحاولات الإمبريالية لتجاوز تناقضاتها الداخلية "(4). وبعبارة أخرى ، فإن التعايش السلمي هي مرحلة لتكريس النظام الشيوعي وعرقلة النظام الإمبريالي سلميا حتى لايتجاوز تناقضاته ، ريثما تتم السيادة الكلية للشيوعية .

إذا كان هذا هو موقف الأحزاب الشيوعية سنة 1969 فما هو الموقف الحكومي؟ يعني الموقف الحكومي أن التعايش السلمي هو تزامن الأنظمة السياسية والإقتصادية والإجتماعية في الميش سويا ، وكدليل على ذلك نورد رأي " خروتشوف " لسنة 1960.

---

(1) - CHAUMANT(ch) , cours géneral de droit international ,cit ,P:377.

(2) ـ وهو ما دعا إليه برنامج الحزب الشيوعي سنة 1961 . راجع في ذلك مؤلف تونكين ـ القانون الدولي العام ـ ص 19.

(3) ـ تونكين ـ نفس المرجع ـ ص 62.

(4) ـ نقلا عن : - CHAUMANT (ch) , ibid ,P: 379/ .

حيث يقول فيه :[1] "إن المآثر الكبرى لـ " لينين " ... هي خلق المبدإ الوحيد الذي يطبق في الوقت الحاضر على السياسة الخارجية، المتمشية مع وجود نظامين إجتماعيين : مبدأ التعايش السلمي بين الدول ذات الأنظمة الإجتماعية المختلفة . "

وبمفهوم المخالفة، فإننا لسنا بحاجة إلى التعايش السلمي في حالة انسجام الأنظمة السياسية والإجتماعية والإقتصادية . وهذا مفهوم ضيق الأفق . ذلك أن أسباب الحروب ليست بالضرورة أسباب إيديولوجية، بل المصلحة هي إيديولوجية الجميع، وهي وراء كل النزاعات الإقليمية والعالمية . ماهو التعايش السلمي إذن .

التعايش السلمي هي مرحلة السلام التي تسود العلاقات الدولية، على أساس الشرعية الدولية والديموقراطية[2] بغض النظر عن تنوع الأنظمة السياسية والإجتماعية . إنه مبدأ ملازم لاستمرار الحياة الدولية، وتوازن المصالح بين أعضاء المجتمع الدولي .

المطلب الثاني : السيادة النسبية .

تعني السيادة في المفهوم العام، حرية التصرف داخليا وخارجيا . أي أن الدولة لاتخضع لأية سلطة في تصرفاتها .

لقد أدى هذا المفهوم بالبعض إلى القول بانعدام المسؤولية الدولية، إنطلاقا من فكرة السيادة المطلقة ؛ الأمر الذي لايخدم الفكر القانوني والتنظيمي الضروريين لقيام العلاقات الدولية الودية .

تطرح السيادة قضية في غاية الخطورة ؛ حيث تجعل الفقهاء والسياسيين في موقع التفاضل بين سيادة الدول وبين سيادة القانون الدولي[3]. وهذ هو جوهر التناقض، إذْ ما هي حدود سيادة الدول؟

---

(1) ـ نقلا عن تونكين ـ المرجع السابق ـ ص 61 .

(2) ـ ذهب الأستاذ " ERIK SUY "في تقريره إلى موقف مشابه من ذلك، حيث قال بأن القواعد الآمرة تحدث آثارها ... بما في ذلك تحديد الإرادة السيادية للدول عن طريق خضوعها لمبادئ التعايش السلمي لمختلف الأنظمة السياسية راجع في ذلك MAREK(K), contribution à l'étude de Jus - cogens cit, p:440

(3) ـ NICOLOUDIS(N), la nullité de Jus cogens cit, P:44 .

لـقـد طُرِح إشكال شبيـه بهـذا، في قضيـة " لوتيس " سنة 1927، وانتهت المحكمـة الدائمة إلى أن سيادة الـدول لاتفتـرض (1).

وإذا كانت السيادة بهذا الشكل، فإنها تكون موجودة في كل مكان وتفرض نفسها وقانونها على كل ضعيف لايستطيع التخلص من سلطانها . وهذا ما حدث فعـلا للقانون الدولي التقليدي (قاعدة الامتيازات، قواعد إكتساب الاقليم) . وتبعا لذلك فإننا نؤيـد قول الأستاذ " ش . شومون " الذي يقضي بأن القانون الدولي التقليدي هـو صيغـة تغلـب القـوي على الضعيـف (2).

إن الوضعية المشار إليها أدت بالأستاذ " Antoine Pillet " إلى وصف الإستقـلال بوصف يفرغـه من أيـة قيمة عملية، حيث يقول : (3)

" إسـتـقـلا ل الـدول مفهـوم أجـوف لـيس لـه قيمة اليوم - إن العلاقات الحقيقيـة بين دول المجتمـع الدولي، هي بالدرجة الأولى علاقات تبعيـة "

إن الأستاذ " PILLET " على جزء من الصواب، ذلك أن الواقع يؤكد العلاقات التبعية التي أشـار إليها، وتخلفنا جاء بطريقـة أو بأخرى من هـذه التبعية . لـكـن هـل يسمح لنا ذلك بإفراغ الإستـقـلال الوطني من أيـة قيمة عمليـة ؟

في الحقيقة لايصـح وصـف الإستقلال الوطني بكلمة أجـوف، لعدة أسباب نذكر منها:

1 - إن إفراغ الإستقلال الوطني من أية قيمـة، يعني الرضاء بالتبعية وتكريس الإستعمار وتقبل نتائجـه الوخيمـة .

2 - إن إفراغ الإستقلال الوطني من أية قيمة عملية يـثـبـط عزائم الحركات التحريرية، التي تناضـل ضـد التبعيـة بكافـة أشكالها .

3 - إن الإستقلال السياسـي هـو الأداة الوحيدة للتخلص من التبعيـة بكافة أشكالها، بدليل أن الدول الحديثـة الإستقـلال، هـي التي تدفـع بحـركة القانون الدولـي إلى الأمام، وهـي التي حققت عدة انتصارات، كاعتماد مبدأ حق الشعوب فـي تقرير المصيـر، والسيادة الدائمة على الثروات الطـبيـعيـة والإعلان من أجل نظام إقتصادي دولي جـديد ... الخ .

لـكن هـل حـققت هـذه الـدول أهـدافها باستعمال السيادة المطلقـة ؟

---

(1) - 6 -CHAUMONT(ch), cours général de D.I.P cit, P:468 et FRIDMANN(W), Nouveaux aspects de de droit international cit, P:45 .

(2) - CHAUMONT (ch), ibid, P : 344.

(3) - GIANNI (G), Op cit, P: 50 .

تعني السيادة المطلقة سياسة القوة • والجدير بالذكر أن هذه السياسة أدت إلى وقوع العديد من الشعوب تحت نير الإستعمار ، ولم تتحصل تلك الشعوب على استقلالها السياسي إلا بعد خوض غمار حروب تحريرية • وهي الآن منهمكة في البحث عن طرق التخلص من مخلفات الإستعمار على كافة الأصعدة ، وخاصة في الميدانين القانوني والإقتصادي ؛ ولذلك ظهرت عدة أصوات تنادي بإقامة القانون الدولي على اعتبارات أخرى ، من بينها المساواة في السيادة ؛ طبقا للمادة الثانية الفقرة الأولى ، من ميثاق الأمم المتحدة (تقوم المنظمة على مبدإ المساواة في السيادة لجميع أعضائها) • لكن ماذا تعني المساواة في السيادة ؟

حددت اللجنة المكلفة بصياغة الفصل الأول من الميثاق معنى المساواة في السيادة في النقاط الآتية :(1)

1 - الدول متساوية قانونا •

2 - تتمتع كل دولة بالحقوق الأصلية المنبثقة عن السيادة التامة •

3 - يجب على كل دولة إحترام شخصيات الدول الأخرى •

4 - حرمة السلامة الإقليمية و صيانة الإستقلال السياسي للدول •

5 - لكل دولة الحق في اختيار وإنماء نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية •

6 - على كل دولة واجب التقيد بالتزاماتها الدولية تقيدا تاما ، يحدوه حسن النية ، وواجب العيش بسلم مع الدول الأخرى •

إن نظرية السيادة المطلقة لا تستطيع استغراق النقاط التي ذكرتها اللجنة ، ولكن السيادة النسبية هي التي تستطيع أن تفعل ذلك •

لقد وضعت السيادة النسبية موضع التنفيذ في المادة (103) من الميثاق ، واكتملت صورتها وحدودها العامة بالمادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 •

إن الدولة - وهي تتمتع بالسيادة - لاتستطيع خرق القواعد العامة الماسة(2) بجوهر النظام الدولي العام • كما أنها لاتستطيع التحلل من التزاماتها

---

(1) - صادق عصام رمضان - المرجع السابق - ص 86 • وانظر كذلك محاضرات الأستاذ فائز انجاك - القانون الدولي والتنمية - الجزائر • كلية الحقوق سنة 1979 - 1980 •

(2) - صادق عصام رمضان - نفس المرجع - ص 32 •

إلا بما تقتضيه الضرورة (مبدأ تنفيذ الإلتزامات بحسن نية ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) . وبهذ يصبح القانون والسيادة ليسا متناقضين، وإنما متآلفين، يخدم كل منهما الآخر .

فالقانون يقوم بالمحافظة على السيادة بتقرير المساواة وعدم التدخل .. والسيادة تقوم بالمحافظة على القانون بتكريسه وإثرائه في إطار احترامه.

وفي ظل تلك الظروف، هل يمكننا إعتماد الفعالية كمعيار لقيام العرف ؟

يعتقد الأستاذ " ش . دو فيشر " بأنّ الفعالية في العمل حركة قوية تخدم التشريع الدولي ... ومع ذلك فإنها أقل إنتاجية للعرف ."(1) لأنه يعتقد بأن هذا العصر إنما هو عصر التعبير الصريح ..إنه عصر المعاهدات .

إذا أخذنا قول الأستاذ عن الصيرورة التقليدية لتكوين القاعدة العرفية، فإننا نجد الإتفاقية تشكل إحدى السبل لقيام العرف . وتبعاً لذلك، تبقى الفعالية نمطاً لإنتاج العرف، كما يعتقد الأستاذ السالف الذكر . لكن إلى أي مدى يصدق هذا القول ؟ وبعبارة أخرى، إذا تم إبرام عدة اتفاقيات دولية تقضي بحق البعض في التدخل العسكري لدى البعض الآخر، فهل يمكن أن يتولد عن ذلك قيام قاعدة عرفية في هذا المعنى ؟

إن الذوق القانوني السليم يأبى قيام مثل هذه القاعدة . إن الذوق القانوني يرفض تحول الواقع إلى قانون، ذلك لأنّ للواقع تناقضات وانقلابات . ومهمة القانون تتمثل في تنظيم وتهذيب الواقع وليس تكريسه . ومن هنا جاءت الشرعية الدولية لتحل محل الفعالية أو العمل الدولي بصورة عامة، في بلورة أحكام القانون الدولي عامة والقانون العرفي خاصة .

---

(1) - DEVISSCHER(ch) , Les effectivités du droit international, cit, p. 70 .

المطلب الثالث : التعاون والتنمية .

إن مشكلة أغلب أشخاص القانون الدولي مشكلة فريدة .إن الدول ـ وهي تمثل الأشخاص الرئيسية ـ تشكو في معظمها من غطرسة النظام القانوني الدولي ذلك أنها كانت ضحية الإستعمار الذي كرسه هذا النظام بشتى أنواعه .

وبعد أن خاضت الكثير من الشعوب الحروب التحريرية ، نالت الإستقلال السياسي، غير أنها ما فتئت تنعم بهذا الإستقلال ، حتى تبين لها أن مخلفات الإستعمار تهددها في كياتها وسلامة بنائها الإجتماعي ؛ حيث أن التخلف يضرب على كافة القطاعات الإقتصادية والاجتماعية والثقافية، بحواجز ليس من السهل على البلدان الجديدة تجاوزها . ولكي تقترب الصورة من الأذهان ، ننقل هذا المقطع من تقرير البنك الدولي للإنشاء والتعمير لسنة 1977 .(1)

" يوجد في العالم الثالث مائتين وخمسين(250) مليون نسمة تتراكم في مساكن من الصفائح القصديرية ... وثلاثين(30) مليونا في بطالة مزمنة، وخمسمائة وخمسين (550) مليون أمي ، و سبعمائة (700) مليون نسمة يقاسون من سوء التغذية الحادة ، و مائتي (200) مليون ليس لهم الحق في الماء الصالح ولا النظافة . "

وتكتمل الصورة بمعرفة الدخل الذي يتحصل عليه العالم الثالث مقارنا بدخل العالم المتقدم (2) ؛ ذلك أن سكان العالم الثالث وهم يشكلون ثلاثة أرباع(3/4) سكان العالم ، يتحصلون على 6,5% من الدخل العالمي . بمعنى أن ربع(1/4) سكان العالم يتحصلون على 93,5% من الدخل العالمي .

أما على الصعيد الفردي ، فقد قدر دخل الفرد في العالم الثالث بأنه أقل بثمانية عشرة مرة (18) من دخل الفرد في البلدان الصناعية ، وهذا فرق كبير يندى الجبين لمعرفته ولذكره .

إذا كانت تلك الفقرة تمثل الحالة التقريبية للوضع الداخلي للبلدان النامية، فما هو وضعها على صعيد العلاقات الدولية ؟

تمتاز البلدان النامية ـ في معظمها ـ بأنها تعتمد على مصدر وحيد في الحصول على العملة الصعبة ، حيث تقوم بتصدير المواد الأولية وتستورد المنتوجات الأخرى

---

(1) ـ نقلا عن الأستاذ محمد بجاوي ـ من أجل نظام إقتصادي دولي جديد ـ ص 30

(2) ـ محمد بجاوي ـ نفس المرجع ـ ص ص 28، 30 .

لقد أحدثت هذه المعادلة غير المتكافئة ، نتائج وخيمة على البلدان النامية.
نذكر منها مخاطر الديون الخارجية من جهة ، وتضخمها وارتفاعها من جهة ثانية،
ولتوضيح ذلك نضرب مثالين :(1)

1 - كانت تسديدات الديون سنة 1967 تشكل 3% من صادرات البيرو ، وأصبحت تشكل 32% سنة 1973 .

2 - كما كانت تلك الديون تقدر بنسبة 19,5 % بالنسبة لمصر وأصبحت تقدر بنسبة 84,5 % في نفس الفترة .

وهكذا أصبحت الديون تزيد عن القروض بنسبة 20 % بالنسبة لإفريقيا ، و30 % بالنسبة لأمريكا اللاتينية . بمعنى أن القرض الجديد لايكفي حتى لتسديد الديون القديمة ، وهذا عبء ثقيل بالنسبة للبلدان النامية .

وإزاء هذا الوضع ، ينبغي أن نتساءل عن دور القانون الدولي .
يمكن القول بصورة عامة ، بأن القانون الدولي التقليدي يتجاهل الأوضاع القانونية والاجتماعية الداخلية والخارجية للبلدان النامية . وهو ما يعني تجاهل الشروط الضرورية لممارسة هذه البلدان لسيادتها والمحافظة على استقلالها .

وأمام هذا الوضع تأكدت هذه الدول بأن المساواة في السيادة لا تتحقق إلا بتحقيق المساواة في عملية التنمية (2) .

إن القانون الدولي الذي تناضل البلدان النامية من أجله ، ليس مجرد قانون للتعايش واللامبالاة . إنه قانون هدف. إنه :(3) " مجموعة من الأحكام صاغة بقصد تحقيق هدف معين هو التنمية للجميع . " وبتعبير آخر ، فإن الدول النامية أضفت على القانون الدولي مفهوما جديدا . إنه مفهوم القانون الدولي للتنمية . إنه القانون الذي يأخذ التنمية بعين الاعتبار .

إذا كان الأمر كذلك ، فما هو موقف أشخاص القانون الدولي ، وخاصة منظمة الأمم المتحدة ، من ذلك ؟

يمكن القول بأن هناك اتفاق مبدئي حول ضرورة تنمية البلدان الفقيرة ، وإن اختلفت البواعث في المواقف العملية . ولقد تم تكريس هذا الإتفاق المبدئي

(1) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 49-50 .
(2) - محمد بجاوي - نفس المرجع - ص 165 .
(3) - محمد بجاوي - نفس المرجع - ص 168 .

في ميثاق الأمم المتحدة ، في المادة الأولي الفقرة الثالثة التي تقضي :
" تحقيق التعاون الدولي عن طريق إيجاد الحلول للمشاكل الإقتصادية والاجتماعية والثقافية الدولية ... " وكفى بذلك اعتبار التعاون من أجل التنمية مشكلة دولية . لكن هل تحقق ذلك؟ أو على الأقل تحقق جزء منه ؟
في الواقع ، يمكننا ملاحظة بوادر تحقق ذلك ، بفضل جهود البلدان النامية (1) التي ناضلت من أجل استرجاع سيادتها على ثرواتها الطبيعية ، ومن أجل التحكم في علاقات التبادل التجاري مع الدول المتقدمة ؛ بفرض أسعار للمواد الطبيعية ، على الأقل في مرحلة ما قبل الأزمة البترولية الحالية .

ولقد تم بفضل هذه الجهود استصدار القرار (1803) سنة 1962 من الجمعية العامة، وتم بذلك تكريس السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية بصورة رسمية (2). وكانت الجمعية العامة قد اعتمدت قرارًا رقمه (1707) سنة 1961 ، يعتبر التجارة (3) الدولية أداة رئيسية للتنمية الإقتصادية ، وأعلنت الجمعية العامة عن عزمها في عقد مؤتمر دولي حول التجارة والتنمية ، وتم انعقاده فعلا سنة 1964، تحت إسم مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، ثم انعقدت مؤتمرات أخرى منها : المنعقدة في دلهي الجديدة سنة 1968، والمنعقدة في سانتياغو سنة 1972 ونيروبي عام 1976 ...الخ.

يقوم هذا المؤتمر بتسطير مبادئ التجارة الدولية، بمراعاة درجة النمو وتوسيع ميدان التجارة الدولية .

وفي سنة 1966 تبنت الجمعية العامة القرار رقم (2152) وتم إنشاء مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (O.N.U.DI) الذي يهدف إلى تحديد كيفية المساهمة في تطوير البلدان النامية صناعيا، وكيفية نقل التكنولوجيا .
وتم تدعيم هذين الجهازين (C.N.U.C.E.D) و (O.N.U.D.I) بجهاز ثالث (4) هو برنامج الأمم المتحدة للتنمية (P.N.U.D) ؛ الذي تمخض عن دمج برنامج المساعدة الفنية مع الصندوق الخاص التابعين للأمم المتحدة ، وذلك سنة 1965 .

---

(1) ـ فائز أنجاك ـ القانون الدولي للتنمية ـ الجزائر كلية الحقوق السنة الجامعية 1979 ـ 1980 .

(2) ـ محمد مغربي ـ السيادة الدائمة على مصادر النفط ـ بيروت . دار الطليعة 1973 ـ ص 34 .

(3) ـ فائز أنجاك ـ نفس المرجع . (غير مطبوع)

(4) ـ فائز أنجاك ـ نفس المرجع . (غير مطبوع)

وأصبح البرنامج الجديد يقوم بالمساعدة على اكتشاف وجرد وتطوير وتصنيع الثروات الطبيعية ، وكذا يعمل على نقل التقنيات الحديثة .

تخضع هذه الأجهزة الثلاثة للمجلس الإقتصادي والاجتماعي الذي نصت عليه المادة السابعة من الميثاق وفصلت أحكامه في الفصل العاشر منه .

إن هذا الجانب التنظيمي ليس إلا صورة مصغرة لبذور التطور التي يحملها القانون والتنظيم الدوليين . وذلك بفضل نضال الشعوب والدول المستضعفة . وربما كان الجانب التنظيمي هو أفضل الطرق للإستجابة لتحديات إرساء النظام الإقتصادي الدولي الجديد ، على الصعيد القانوني ، كما تتصور البلدان النامية . ولكن الحل الأفضل يكمن في " حصر الجهد في وضع قواعد وأحكام جديدة "(1)، ولذلك أشرنا إلى نضال البلدان النامية في هذا الصدد ، مما أدى إلى ظهور عدة مبادئ ومواثيق دولية نذكر منها حقوق وواجبات الدول الإقتصادية والإعلان من أجل نظام اقتصادي دولي جديد(2) .

إن التيار التحرري هو أفضل إطار لقيام القاعدة العرفية المرتقبة ، التي تعتبر - بحق - مصدرًا للقانون الدولي العام . إنه التيار الذي يأخذ التعاون والتنمية بعين الإعتبار . لكن هل يكفي العرف وحده للقيام بهذه المهمة .

إن مهمة إعداد نظام قانوني دولي جديد ليس من مسؤولية العرف وحده ، وليس من حظ المعاهدة وحدها ، أو المبادئ العامة للقانون . بل ينبغي أن تنضم إليها تصرفات المنظمات الدولية ، كما يعتقد الأستاذ محمد بجاوي (3)، وهو محق في ذلك ، لأن النظام القانوني الدولي له عدة روافد تنصب جميعها فيه ، ولأن التيار الثوري يجد متنفسا له في المنظمات الدولية . ورغم كل ذلك ، فإن مركز ومكانة العرف تبقى هي هي ، سواء ساهمت تصرفات المنظمات الدولية في إمداد القانون الدولي بأحكام جديدة ، عبر الصيرورة التقليدية لتكوين الأحكام العرفية ، أو عن طريق الصيرورة الحديثة (العرف الموجه) . ولذلك كان التعاون والتنمية عنصرا للإطار الذي ينبغي أن تنشأ فيه القاعدة العرفية الجديدة .

---

(1) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 170 .

(2) - المعروفين بالقرار رقم 3281 و الإعلان رقم 3201 لعام 1974 وذلك على التوالي.

(3) - محمد بجاوي - نفس المرجع - ص169 - 170 .

المبحث الثالث

تطبيقات عامة للإطار المقترح .

تأتي هذه التطبيقات كمؤشر لسلامة الإطار المقترح، الإطار الذي يأخذ بعين الإعتبار العلاقة بين القانون والحقائق السياسية والاجتماعية والإقتصادية. إنه القانون الدولي للتنمية، إنه القانون الهادف وليس القانون المجرد. ولقد كان الأستاذ " ش. شومون " محقا حين وصف القانون الدولي التقليدي بأنه يعتبره مجموعة من المعايير الشكلية التي لاتحتوي على شيء ملموس، ولذلك قال عنه بأنه غير عادل فيما يبرره وغير ولقعي فيما يتجاهله (1).

وإزاء هذا الوضع فإن التساؤل عن مهمة رجل القانون تصبح من المسائل الأكثر إلحاحا لتحديدها . وبعبارة أخرى، هل يهتم رجل القانون بالمسائل التفصيلية أم بالمسائل العامة ؟

في الحقيقة، يتمثل دور رجل القانون في تحديد الإطار العام للقانون الدولي في المرتبة الأولى(2) خاصة وأن العالم ينقسم إلى عدة كتل .

إن هذا الإنقسام يجعل تحديد الإطار العام للعلاقات الدولية ضمن أولوية الأولويات وبعدها تأتي الأمور التفصيلية .

وهكذا، فبعد تقديم الإطار العام . نحاول إعطاء بعض التطبيقات العامة، علما بأن هذا البحث ليس في مستوى تناول جميع القضايا المثارة بتفاصيلها . وإنما جاء ليضع الأمور في نصابها، ولتمهيد الطريق للبحوث التي تتم ضمن هذا التيار الهادف إلى تحرير العلاقات الدولية مما تعاني منه، ولذلك فإننا نذكر بعض الأعراف التي تعتبر مقبولة وفق الإطار المقترح وذلك تبعا للتقسيم الآتي :

المطلب الأول : بعض التطبيقات من الميدان الدبلوماسي .

يتمتع أشخاص القانون الدولي بحق التمثيل الدبلوماسي، وهو ما يعبر عنه بحق التمثيل المتبادل .

يعتبر هذا الحق بمثابة الشرط الأساسي لتماسك العلاقات الدولية، ولذلك فإنه وجد منذ القديم في صورة التمثيل المؤقت، ثم أصبح(3) دائما خلال القرن السابع عشر

---

(1) - CHAUMONT(ch), cours général de D.I.P cit, P:129.

(2) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 166.

(3) - علي صادق ابو هيف - المرجع السابق - ص 566 وانظر كذلك :
CAVARE (L), op. cit, P: 224.

وتوسع شيئا فشيئا بعد الحرب العالمية الثانية، بعد أن استقلت عدة دول • وكدليل على ذلك ما جاء في ديباجة اتفاقية فيينا لسنة 1961 المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية ؛ حيث جاء فيها على الخصوص :(1)

« بما أن الدول اعترفت منذ القديم بمركز المبعوثين الدبلوماسيين ، وبما أن مقاصد منظمة الأمم المتحدة تشير إلى المساواة بين الدول وصيانة السلم والأمن وتقرير العلاقات الودية بين الدول ، فإن عقد هذه الإتفاقية يهم إنماء العلاقات • ان الغرض من الحصانات والامتيازات ليس إفادة الأفراد، بل لضمان الأداء الفعال لوظائف البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدول • »

ولقد قضت المادة الثانية من نفس الإتفاقية بأن تبادل البعثات بين الدول يتم بالرضاء المتبادل •

ذكرت الإتفاقية الدول فقط ، ولم تذكر الأشخاص الدولية الأخرى • فما هو الوضع القانوني لهذه الأخيرة ؟

إن الهدف من التبادل الدبلوماسي هو تأمين الإتصال الدائم بين الأطراف المتبادلة دبلوماسيا، خاصة بعد نمو واتساع العلاقات الدولية وتخصصها - ولما كانت العناصر التي تتحكم في العلاقات الدولية ليست الدول فقط ، فإنه ينبغي أن يكون التمثيل شاملا كافة العناصر المؤثرة في المعادلة الدولية •

ولعل ذلك هو الذي جعل اليابا يتمتع بحق إرسال بعثات دبلوماسية ، وسمح كذلك للمنظمات الدولية القيام بهذه المهمة مع الدول •

وبعبارة أخرى ، فإن ممارسة مهمة التبادل الديلوماسي يرتبط بفكرة الشخصية الدولية ، إذ أن كل كيان يتمتع بها، يكون له الحق في إرسال واستقبال البعثات الدبلوماسية • فالشخصية الدولية هي العنصر المؤثر في العلاقات الدولية إذن • وهو ما يعني بالضرورة تمتع حركات التحرير الوطنية بهذا الحق • علما بأنها تتمتع بتلك الشخصية وفقا للتحليل السابق(2). الأمر الذي لم تشر إليه اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية •

كان ذلك من الناحية القانونية البحتة • أما من الناحية العملية ، فإن

---

(1) ـ نقلا عن : عبد العزيز سرحان ـ القانون الدولي العام المشار إليه • ص 440

(2) ـ راجع الصفحة (41) وما بعدها من هذا البحث •

عدة حركات تحريرية أقامت علاقات دبلوماسية مع عدد من الدول ، ويتمتع أعضاء البعثات التي ترسلها بالحصانات الدبلوماسية .

إن هذه القاعدة الجديدة (تمتع أعضاء البعثة الدبلوماسية لحركات التحرير بالحصانات الدبلوماسية) غير واردة في الإتفاقية المذكورة ، ومع ذلك فإنها قاعدة مقبولة لكونها جاءت محترمة للإطار المقترح وتخدم حق الشعوب في تقرير المصير.

ما دمنا بصدد الحصانات الدبلوماسية ، فإننا نتعرض للحماية الوظيفية التي طرحت بصدد قضية السيد " الكونت بيرنادوط" المقتال في فلسطين ، على أيادي المخابرات الإسرائيلية .

لقد طرح المشكل في صيغة السؤال الآتي : (1)

هل يحق لدولة وسيط الأمم المتحدة رفع دعوى التعويض ضد إسرائيل باستعمال الحماية الدبلوماسية؟ أم أن المنظمة هي التي تطالب بهذا التعويض باعتباره كان يقوم بمهمة أممية .

رفعت القضية إلى محكمة العدل الدولية ، فأصدرت رأيها الإستشاري في 1949/4/11 . قالت فيه على النصوص بأن الميثاق وضع رسالة أمام المنظمة وكفلها بأجهزة للقيام بهذه المهمة ، ومنحها صلاحيات معينة كالإمتيازات والحصانات والتمثيل الدبلوماسي ومن ثم استخلصت المحكمة تمتع المنظمة بالشخصية الوظيفية لتمييزها عن شخصية الدول . ومن ثم قررت تمتع المنظمة بحق المطالبة بالتعويض على أساس الحماية الوظيفية ، وليس على أساس الحماية الدبلوماسية التي تقوم على أساس الجنسية ، حيث قالت المحكمة ما يلي : (2)

" من الضروري ألا يعول التابع في ممارسة مهامه على حماية قانونية غير حماية المنظمة له . "

وكتقييم للحماية الوظيفية نقول بأن هذه المؤسسة حديثة النشأة . ظهرت بصدد القضية المعروضة فقط ، وأنها جاءت كبديل للحماية الدبلوماسية المعروفة ، بل أنها أحدثت تعديلاً ما في مفهوم الحماية في القانون الدولي ، حيث أظهرت عنصرا جديدا ، لم يكن معروفا من قبل ، يتمثل في إقامة الحماية على عنصر التبعية .

---

(1) ـ راجع في ذلك دروس الأستاذ فائز أنجاك ـ المقطنية القانونية للمنظمات الدولية ـ الجزائر . كلية الحقوق ، سنة 1980 ـ 1981 .

(2) ـ فائز أنجاك ـ نفس المرجع (غير مطبوع)

إن المؤسسة الجديدة منحت المنظمة الدولية حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقت بها من جراء اغتيال وسيطها ، رغم عدم وجود الشرط الأساسي لقيام الحماية الدبلوماسية بين الضحية والمنظمة ، أي رغم إنعدام علاقة الجنسية "بين المنظمة والضحية .

إن الحماية الوظيفية مؤسسة تناسب التطور الذي حدث على الصعيد الدولي ؛ الذي عرف المنظمات الدولية كشخص من أشخاصه .. يتمتع بالحقوق الدولية ويتحمل بالواجبات طبقا لأحكام المسؤولية الدولية العامة .

وكما أن المنظمة تفتقد إلى الإقليم والشعب والسيادة (الأركان العامة التقليدية للشخصية الدولية) وتم الإعتراف لها بالشخصية ، فإنه لاحرج من الإعتراف لها بالحماية الوظيفية المنبثقة من التبعية . علما بأن المحكمة لم تقرر اقتصار هذه الحماية على صنف معين من الموظفين الدوليين حيث قالت :(1)

" سواء كان موظفا يتقاضى أجرة أم لا، أو كان مستخدما دائما أو لا ، يكلف من قبل هيئة من هيآت المنظمة بممارسة إحدى مهامها . وباختصار ، كل فرد تعمل المنظمة بواسطته . " أي بشرط وحيد هو وجود علاقة تبعية بين الشخص المعني والمنظمة . فهل يسمح الإطار المقترح بتحول السابقة المذكورة إلى قاعدة عرفية ؟

يرى البعض أن هذه السابقة ينقصها التكرار ، وأن فكرة الحماية الوظيفية تركت شكوكا جدية تتعلق بمستقبلها ، خاصة عندما يتعلق الأمر بدولة غير عضوة في المنظمة (2) . خاصة وأن سابقة " TELLINI " الإيطالي الجنسية ، والذي كان عضوا في مؤتمر السفراء ، عندما أغتيل في اليونان، وجدت الحل باستعمال الحماية الدبلوماسية بموافقة أجهزة العصبة(3).

إن الذين يقولون بذلك يتشبثون بفكرة الحماية الدبلوماسية السائدة في وقت لم يكن المجتمع الدولي يعرف فيه هذا المستوى من التنظيم .

---

(1) _ راجع في ذلك دروس الأستاذ أنجاك _ الشخصية القانونية للمنظمات الدولية _ الجزائر كلية الحقوق سنة 1980 _ 1981 .

(2) _ QUADRI(R), Cours général de D.I.P cit, P:394

(3) _ QUADRI(R), Ibid, P: 393 .

أما الآن فإن الحماية الوظيفية هي أكثر استجابة للشرعية الدولية ، بل أنها تعتبر أداة لترجمة بعض القواعد الآمرة إلى أرض الواقع كالسيادة الدائمة للشعوب على ثرواتها الطبيعية (التأميم) وحق الشعوب في تقرير المصير . عكس الحماية الدبلوماسية التي تعرقل ذلك في حالة إساءة استعمالها .

وفي الختام ، فإن الحماية الوظيفية ، وإن لم تكن قاعدة عرفية لسبب أو لآخر فإنها مؤهلة من حيث الموضوع لكي تكون قاعدة عرفية تنضم إلى قواعد القانون الدولي .

المطلب الثاني : بعض التطبيقات من الميدان الحربي .

السلم والحرب هما وجها الحياة الدولية . وإذا كان السلم هو الأصل فإن تاريخ العلاقات الدولية مثقل بويلات الحروب . ولذلك نستطيع القول بأن العناية بقواعد الحرب فاقت العناية بقواعد السلم . وللتدليل على ذلك ، نذكر بعض التصرفات القانونية التي تمت في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين (1) :

- إعلان باريس المؤرخ في 1856/04/16 الذي حرم السباق البحري والحصار .
- اتفاقية جنيف في 1864/08/22 المتعلقة بمعاملة مرضى وجرحى الحرب .
- إعلان " سان بيتر سبورغ " في 1868/12/11 الذي منع استعمال الرصاص المتفجر .
- تصرف " بيرلين " في 1885/02/26 المتعلق بالإستيلاء على الأقاليم من " دون سيد " في إفريقيا .
- أما مؤتمر " لاهاي " لعام 1899 فقد تمخض عن عدة إتفاقيات نذكر منها (2) :
  * اتفاقية تهدف إلى حل المنازعات بالطرق السلمية .
  * الإتفاقية الثانية تهتم بقوانين وأعراف الحرب .
  * الاتفاقية الثالثة اهتمت بالحرب البحرية ، وتبنت اتفاقية جنيف لعام 1864، والتي تم تعديلها فيما بعد سنة 1906 .
- أما المؤتمر الثاني لعام 1907 فقد تمخض عن عدة إتفاقيات وبيانات نأخذ منها :
  * أعلنت الإتفاقية الثالثة الزامية الإعلان المسبق لبداية الحرب .
  * عوضت الإتفاقية الرابعة الاتفاقية الثانية من المؤتمر الأول فيما يتعلق بقوانين وأعراف الحرب .

---

(1) - CAVARE (L), Op cit, P: 225 .

(2) - CAVARE (L), ibid, P: 226 etSS .

* اهتمت الإتفاقية الخامسة بحقوق وواجبات الدول المحايدة، في الحرب البرية، في الوقت الذي اهتمت فيه الإتفاقية الرابع عشرة بحقوق وواجبات الدول المحايدة في الحرب البحرية .

وبعد الحرب العالمية الثانية ، تم إبرام أربع اتفاقيات بجنيف بتاريخ (1) 1949/08/02 ، تتعلق الأولى بمرضى وجرحى الحرب البرية ، والثانية تتعلق بمعاملة مرضى وجرحى الحرب البحرية ، وأما الثالثة فإنها تتعلق بمعاملة أسرى الحرب، وأما الأخيرة فإنها اهتمت بالمحافظة على المدنيين في حالة الحرب (٭

هذا وقد أعادت هذه الإتفاقية إلى الأذهان المبدأ الذي أقرته اتفاقية جنيف لعام 1929 ؛ الذي يقضي بأن الطرف في النزاع ، غير الطرف في الاتفاقية المذكورة، ينبغي أن يعتبر وكأنه طرف فيها .

تشكل هذه الإتفاقيات في معظمها - من نص المصدق عليها . وبذلك تبقى غير نافذة ، باعتبارها قواعد اتفاقية ، ولكنها تكون سارية باعتبارها قواعد عرفية إذا توفرت الشروط المطلوبة لذلك . لكن هل يمكن لجميع تلك التصرفات التحول الى قواعد عرفية ؟ أي هل يمكن لتصرف " بيرلين" المتعلق بالأقاليم المطلح عليها بأنها " من غير سيد " التحول إلى قاعدة عرفية ؟

للإجابة على ذلك لا بد من تحديد معنى السيد لدى الغربيين آنذاك ، وإننا لا نكون مجحفين في حقهم إذا قلنا بأنه يعني بصيغة أو بأخرى الأمم المتحضرة . الواردة في المادة (38) من نظامي المحكمتين الدائمة والقائمة حاليا . بمعنى أنه يوجد تقسيم للإنسانية ؛ منها المتحضر ومنها غير المتحضر . أو على حد تعبير " LORIMER " المتحضر والهمجي أو الوحشي . وعلى كل حال فإن الأوروبيين هم المتحضرون ويحميهم القانون الدولي ، أما الشعوب والبلدان الأخرى كالصين وفارس والمغرب العربي وافغانستان فإنه يطبق عليهم قانون دولي هامشي (2) وعلى حد تعبير الأستاذ محمد بجاوي فإن الشعوب غير المتحضرة طبقا للمفهوم الغربي هي " الشعوب القابلة للاستعمار " (3)

٭ CAVARE(L), OP-cit, P: 235 .

(1) -

(2) - نقلا عن محمد بجاوي - من أجل نظام اقتصادي دولي جديد - ص 68 .

(3) - محمد بجاوي - نفس المرجع - ص 79 .

وفي الحقيقة ، فإن هذه الإتفاقية غير واقعية ، حتى ولو أبرمت قبل عصر " كولومبوس ". لأن إفريقيا - وكما يقول الجيولوجيون - هي أقدم القارات ، فما هذا الإجحاف في حقوق الشعوب ؟!!

إن هذا التصرف القانوني أو بالأحرى التطرف القانوني ، ليس بإمكانه أن يتحول إلى قاعدة قانونية اتفاقية أو عرفية ، لمخالفته للنظام العام الدولي .

أما النقطة الثانية التي نسجلها فإنها تتعلق بتسوية الخلافات بالطرق السلمية ؛ والتي وردت في المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة . فهل يعني ذلك إزالة الإستعمار بالطرق السلمية ؟!

إن أنانية وجشع الإستعمار وحرصه على نهب خيرات العالم الثالث والمحافظة على مناطق النفوذ ، لاتفهم لغة السلم ، ولو فهمتها لما كان لزاما الحديث عن استقلال الشعوب التي لازالت ترزح تحت نير الاستعمار .

إن الوسيلة الوحيدة التي بقيت لهذه الشعوب ، هي خوض غمار حروب تحريرية . وبعبارة أخرى ، الخروج من القيود اللفظية للمادتين (1/2) و (4/2) من الميثاق اللتين تقرران منع استعمال القوة ، واللجوء إلى المادة (51) منه التي تتكلم عن الدفاع الشرعي ، وتحت لواء حق الشعوب في تقرير المصير .

إن استعمال القوة ليس عيبا في ذاته - كما يقول الأستاذ " شومون " إنما العيب في بعض مناسبات استعماله . (1)

إن الميثاق لم يحدد المجالات التي يعتبر فيها استعمال القوة ممنوعا ، وإنما جاء في القرار 26 - 25 المؤرخ في 1970/10/24 ذكر بعض الحالات فقط نذكر منها (2) : الثأر ، المعابات المسلحة ، الحرب الأهلية ، الإرهاب ، الإحتلال العسكري ، الإلحاق .

وتبعا لذلك فإن مقاومة الاستعمار بالقوة لا يعتبر إخلالا بقاعدة تسوية النزاعات بالطرق السلمية ، أو بقاعدة عدم استعمال القوة . وعليه ، فليس هناك أي حرج لقيام قاعدة عرفية في هذا المعنى .

---

(1) - CHAUMONT, (ch), Sens de droit imperatif général, cours de D.E.A, nancy année 77/1978.

(2) - CHAUMONT(ch), SENS de droit imperatif cit, NANCY77/1978.

وأخيرا فإن هذا الإطار يوافق الأعراف القاضية بعدم استعمال الأسلحة المتفجرة والعنقودية ، وكذا الغازات الخانقة أو السامة • ونفس الشيء بالنسبة لاستخدام الأسلحة النووية المحرم طبقا للقرار (1653 XVI) المؤرخ في 1961/11/24 •

ويترتب على ذلك اعتبار الأعمال المخالفة لهذه القواعد جرائم ضد الإنسانية ، وإن كان البعض يتشكك[1] في تحول بعض هذه القرارات إلى قواعد عرفية ، رغم أنهم يشهدون بأن العمل الدولي لم يخالف بعضها (القرار 1653 XVI) ؛ زاعمين بأن الدول النووية تقوم بتطوير هذه الأسلحة ، وأنها تعتقد بأنها ستستعمله في افتراضات معينة •

وفي الحقيقة ، فإن هذا الدليل يعتبر حجة عليهم • ذلك أنه ينبغي إزالة مثل هذا الإعتقاد أو الأمل في استعمال الأسلحة النووية ، عن طريق تكريس هذه القاعدة العرفية المطابقة تماما لمبدأ تحريم الإبادة • واعتبار مثل هذا السلوك (اللجوء إلى الأسلحة النووية) جريمة دولية موجهة ضد الإنسانية ، كما وصفها القرار •

لقد حرص الأستاذ " جيرو " على إظهار هذا الصنف من الإجرام ، في نفس الدراسة ، حيث برهن على أن القرار (95 _ I) المؤرخ في [illegible]/1946 يكشف عن قرار جمعية العصبة المؤرخ في 1927/09/24 ، الذي يعتبر الإعتداء جريمة دولية.[2] علما بأن الفرق شاسع بين الإعتداء والإبادة ، بقدر الفرق بين استعمال الأسلحة التقليدية والأسلحة النووية ، من حيث المدى، ومن حيث الآثار •

تلك هي بعض التطبيقات من الميدان الحربي ، التي تتم في إطار النظام العام الدولي ، والتي تخدم الشرعية الدولية ؛ التي تأخذ مصالح الجميع بعين الإعتبار •

---

(1) - GIRAUD(E) Op cit P: 765 .766.

(2) - GiRAUD (E) ibid P: 743 .

المطلب الثالث : بعض التطبيقات من الميدان الإقتصادي .

بعد أن عرف العالم نهضة تحررية عارمة بعد الإستعمار ، أصيب الإستعمار العسكري بنكسة على الصعيدين الداخلي (بفعل ضغوط الحركات التحررية) والخارجي (على صعيد منظمة الأمم المتحدة ، خاصة بعد اصدار القرار (1514) سنة 1960) .
وبذلك تيقن الإستعماريون من أن هذه الحركة تمثل مصيبة العصر . ولذلك عملت الأنظمة الإستعمارية للتقليل من شدة وطئة المد التحرري ، عن طريق تغيير أسلوب الإستعمار ، حيث تم إحلال الإستعمار التقليدي (الإحتلال العسكري) بنظام جديد يسمى بالإستعمار الإقتصادي ، مستعملا تارة غطاء التعاون ، وتارة أخرى نظرية الحقوق المكتسبة .

لازالت أركان الإستعمار الجديد قائمة ، ولازال نضال شعوب العالم الثالث مستمر ضدها ، سواء في صورة النضال من أجل نظام إقتصادي دولي جديد ، أو في شكل اعتماد بعض القواعد الإقتصادية التي تأخذ بعين الإعتبار مصالح البلدان النامية .

وهكذا أثيرت مسألة " سيادة الشعوب على ثرواتها الطبيعية " في بداية الخمسينات ؛ حيث أصدرت الجمعية العامة القرار رقم (523) سنة 1951 . وتم إقرار حق البلدان النامية في التصرف بحرية في ثرواتها الطبيعية ، من أجل تنميتها الإقتصادية وتشجيع تطور الإقتصاد العالمي .(1)

كما تم طرح التأميم باعتباره موضوعا مستقلا في الدورة السابعة سنة 1952، وتم إصدار القرار رقم 626 في 1952/12/21 ؛ حيث تم ربط التأميم بالسيادة .(2)

وعندما ناقشت اللجنة المكلفة بوضع ميثاق حقوق الإنسان الإقتصادية والاجتماعية والسياسية سنة 1954 ، موضوع السيادة الإقتصادية، وضعت التأميم ضمن مبدإ حق الشعوب في تقرير المصير ، بشرط عدم الإخلال بالتزام سابق ، أي في إطار الحقوق المكتسبة.(3)
وفي سنة 1958 شكلت الجمعية العامة بموجب القرار (1314) لجنة خاصة لدراسة هذا الموضوع

---

(1) ـ انظر في ذلك دروس الأستاذ فائز أنجاك ـ القانون الدولي للتنمية ـ الجزائر كلية الحقوق ـ سنة 1979 ـ 1980 .

(2) ـ راجع محمد مغربي ـ السيادة الدائمة على مصادر النفط ـ بيروت دار الطليعة 1973 ص 21 .

(3) ـ محمد مغربي ـ نفس المرجع ـ ص 27 .

وبناء على قراراتها أصدرت الجمعية العامة القرار (1803) في 1962/12/14 تحت اسم السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية .

يمكن معرفة تشبث الدول الغربية بالجانب الإقتصادي ، بتفحص مدة العشر سنوات التي إستغرقها إستصدار القرار السالف الذكر .

وعلى كل ، فإن القرار نص على الحق في التأميم للمصلحة العامة ، على أن يقترن ذلك بتعويض مناسب وفق القانون الوطني والقانون الدولي . وهكذا يفهم بأن القواعد السارية في الدولة المضيفة لها الأولوية[1] ، على القانون الدولي ، في مثل هذه الحالة . غير أن هناك مؤسسة دولية تضايق الإجراءات الداخلية ، ألا وهي الحماية الدبلوماسية .

لقد تم تدعيم هذا المبدإ من طرف عدة قرارات ومواثيق دولية ، منها مقررات الدورة الثالثة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، المنعقدة سنة 1972 في " سانتياغو " حيث أعلنت على النصوص[2] :

" كل دولة لها الحق المطلق بأن تتصرف بحرية في مواردها الطبيعية لمصلحة التطور الإقتصادي ورفاهية شعوبها ، وأن النيل من ممارسة هذا الحق يعتبر خرقا صريحا لمبدإ حق الشعوب في تقرير المصير . "

كما نص ميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية في المادة (2 ج) على أن[3] :

" لكل دولة الحق ...في :

ج - تأميم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها . وفي هذه الحالة ، ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير ، التعويض المناسب ، آخذة بعين الإعتبار قوانينها وأنظمتها المنطبقة ، وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع . .. وفي كل مرة تؤدي فيها مسألة التعويض إلى إثارة النزاع ، يجب أن يسوى هذا الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها . إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية إتفاقا حرا ومتبادلا على التماس وسائل سلمية أخرى تقوم على مساواة الدول في السيادة ... "

---

(1) - محمد مغربي - المرجع السابق - ص 36 .

(2) - نقلا عن دروس الأستاذ أنجاك - القانون الدولي للتنمية - الجزائر - كلية الحقوق - 1979 - 1980 .

(3) - راجع في ذلك القرار رقم (3281 د - 29) الصادر من الجمعية العامة في 1974/12/12 .

وفي الحقيقة ، فإن التأميم قاعدة عرفية باعتراف أغلب الفقهاء (1). بل أن الدول التي تقف في مواجهة ممارسته ، لا تعارض الفكرة في ذاتها ، وإنما تتمسك بنتائجها . حيث تشترط أن يكون التعويض حالا وفعالا ؛ كما يتضح ذلك من موقف الحكومة الفرنسية من تأميمات الجزائر سنة 1971 ؛ الذي أعلنت فيه بأنها لا تعارض المبدأ في ذاته ، وإنما تحتج على الأسلوب الذي استعمل به . وبذلك اعترفت فرنسا بسمو قرارات التأميم على أحكام إتفاقيات إيفيان ، فيما يتعلق بالإمتيازات الفرنسية في الجزائر . حيث تنص المادة (14) من إعلان مبادئ التعاون الإقتصادي والمالي على ما يلي : (2)

" تكفل الجزائر سلامة الحقوق الخاصة بامتيازات التعدين أو النقل ، التي منحت بواسطة الجمهورية الفرنسية ، للبحث أو للإستغلال أو لنقل المحروقات السائلة والغازية والمواد المعدنية الأخرى ... "

كما أكد إعلان مبادئ التعاون من أجل إستثمار باطن الصحراء هذه الإمتيازات .

ينطلق البعض من هذه الواقعة للقول بأن قرارات التأميم تستطيع أن تخالف معاهدة دولية (3) ، ومن باب أولى مخالفة العقود التي تبرمها الشركات الأجنبية مع الدولة المضيفة .

تتمثل القاعدة الثانية التي نتعرض لها ، في قاعدة الأفضليات المعممة لصالح البلدان النامية ؛ التي تمت بفضل جهود مؤتمرات الأمم المتحدة للتجارة والتنمية . وهكذا قامت كل من الهند ومصر ويوغوسلافيا بإبرام إتفاقية تقضي بنظام الأفضليات فيما بينها . وجاء ميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية فأكد على مبدأ الأفضليات المعمم لصالح البلدان النامية حيث نصت المادة (18) منه على : (4)

" ينبغي على البلدان المتقدمة أن تطبق نظام الأفضليات المعممة دون معاملة بالمثل ، ودون تمييز ، لصالح البلدان النامية . وأن تحسن من هذا النظام وتتوسع فيه ... "

---

(1) ـ محمد مغربي ـ المرجع السابق ـ ص 35.

(2) ـ راجع في ذلك إتفاقيات إيفيان المبرمة بين الحكومة المؤقتة الجزائرية وفرنسا بتاريخ 1962/03/18 .

(3) ـ نقلا من دروس الأستاذ فائز أنجاك ـ القانون الدولي للتنمية ـ الجزائر كلية الحقوق سنة 1979 ـ 1980 .

(4) ـ راجع في ذلك قرار الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم (3281 د 29) .

وجاءت المادة (19) منه لتبرر هذا النظام ، بالرغبة في التعجيل بالنمو الإقتصادي للبلدان النامية ، وتضييق الهوة بينها وبين الدول المتقدمة.
كما نصت المواد (20) و (21) و (26) منه على هذا النظام[1] حيث تكلمت الأولى عن إعطاء البلدان الإشتراكية نفس التسهيلات التي تتحصل عليها البلدان المتقدمة الأخرى من البلدان النامية،فيما يتعلق بتوسيع نشاطها التجاري .
أما المادة(21) فقد أشارت إلى إمكانية لجوء البلدان النامية إلى إبرام اتفاقيات تجارية فيما بينها،وأن تمنح أفضليات تجارية لغيرها من البلدان النامية . في حين نصت المادة(26) على التعايش بين مختلف الأنظمة السياسية وتسهيل التجارة بينها دون الإخلال بمبدأ الأفضليات المعممة .

وبعبارة أخرى ، فإن أجهزة الأمم المتحدة تعترف بنظام الأفضليات من جانب واحد لصالح البلدان النامية . فهل تحول هذا المبدأ إلى قاعدة عرفية ؟

رغم وجود بعض السوابق ، فإن القول بوجود قاعدة عرفية ، يعتبر من قبيل استباق الأحداث . ذلك لأن هذا النظام ولد في فترة واحدة مع ما يسمى بتخصيص (01%) من دخل البلدان المتقدمة كمساهمة لتدعيم تنمية البلدان الفقيرة ، والذي لم تقدمه أغلب البلدان . ورغم ذلك ، فإنه لايوجد أي مانع قانوني يعيق تحول المبدأ المذكور إلى قاعدة عرفية .

نأخذ من القواعد العرفية المستقرة والتي لا تتعارض مع الإطار المقترح بعض النماذج . حيث يؤكد القانون الدولي على وجود قاعدة تقضي بحق الدولة المضيفة في تنظيم نشاط الشركات متعددة الجنسية العاملة على إقليمها . كما يؤكد قاعدة إستنفاذ طرق الطعن الداخلية لممارسة الحماية الدبلوماسية . كما أن للدولة حق إقامة الرقابة على السلع التي تدخل إليها ، عبر مؤسسة الجمارك .

إن أغلب هذه القواعد تأتي تطبيقا لمبدإ المساواة في السيادة وحق الشعوب في تقرير مصيرها سياسيا واقتصاديا .ولذلك يقبلها الإطار المقترح لقيام القواعد العرفية التي تبدو بأنها تخدم مصالح كافة أشخاص القانون الدولي في الوقت الحاضر.

---

(1) ـ للمزيد من التفاصيل راجع قرار الجمعية العامة رقم (3281 د 29) الصادر في 1974/12/12 . المتعلق بحقوق وواجبات الدول الإقتصادية .

الخاتمة .

أثار موضوع هذا البحث مسألة في غاية الأهمية ، تتمثل في ماهية الظروف المؤهلة للعرف لكي يكون مصدرا للقانون الدولي العام ؟ وطالما أنه لا يعتبر المصدر الوحيد لهذا القانون ، فإنه يعأي بجملة من العناصر الموضوعية التي تتأثر بها المصادر الأخرى .

لقد كشف البحث عن جملة من العناصر نذكر منها ما يلي :

1 - تغيير مفهوم القانون الدولي :

كان القانون الدولي يعني القواعد التي تنظم العلاقات التي تقوم بين الدول ذات السيادة ، وأصبح يعني القانون الذي يحكم وينظم العلاقات الدولية . أو بالأحرى ، فإنه ينظم العلاقات التي تتم على الصعيد العالمي، ولذلك ظهرت المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية كأطراف شريكة في هذه العلاقات . وتبعا ، فإن العرف ينبغي أن يتم ضمن هذا السياق . وإلا بقي متخلفا عن تطور مفهوم القانون الدولي .

2 - تناسب القانون الدولي مع التغيرات الدولية :

يظهر لنا هذا التناسب بجلاء بإلقاء نظرة سريعة إلى الماضي المغلق، الذي ساهمت دوله في إيجاد القواعد القانونية التي اعتبرتها ضرورية ومناسبة لتنظيم علاقاتها . أما الآن فإنه أصبح من الضروري صياغة قواعد جديدة تحكم العلاقات الدولية المستجدة بمختلف جوانبها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية . والسند في ذلك يتمثل في أن القانون الدولي يعتبر أثرا ونتيجة لسلوك وإرادة أشخاصه .

3 - المحافظة على سلامة المجتمعين الدولي والداخلي :

أصبح القانون الدولي يحتوي على قواعد سامية، تهدف إلى المحافظة على استقرار العلاقات الدولية وتنمية العلاقات الودية . كما يحتوي على قواعد تحمي المجتمعات البشرية ومؤسساتها السياسية و الإقتصادية والاجتماعية .

ولقد كشف تاريخ العلاقات الدولية عن مدى حرص الدول لخدمة مصالحها، وتوسيع نفوذها على الغير ؛ متمسكة في ذلك ببعض القواعد الجائرة والمبادئ الغامضة • وكانت السيادة هي الفكرة الهامة التي أحدثت عدة متاعب في هذا الصدد • لكن العمل الدولي والفكر القانوني أوضحا عدم سلامة تلك الأفكار ، مما أدى إلى البحث عن صياغة جديدة لتلك المفاهيم • وبذلك ظهرت الدعوة إلى كبح جماح إرادة الدول في استخدام سيادتها والتمسك بها على وجه غير لائق • وهكذا تم تبني القواعد الآمرة الدولية ؛ باعتبارها قيدا ليس فقط على الحرية التعاقدية للدول ، وإنما تشمل جميع التصرفات الإرادية التي تأتي بها الدول ، كذلك •

4 - إنتشار المد الثوري والتحرري :

إن عدد الدول الإستعمارية قليل بالمقارنة مع عدد الدول المناهضة للإستعمار • ذلك أن أغلب الدول نالت إستقلالها حديثا • بينما لازالت بعض الشعوب ترزح تحت نير الإستعمار • ولذلك يجب العمل على تحرير الشعوب المستعمرة والعمل على تنميتها الإقتصادية وتقدمها الإجتماعي طبقا للمادة (3،2/1) من ميثاق الأمم المتحدة •

5 - "التفاضل" بين العرف والمعاهدة :

حاولت البلدان الإستعمارية ضرب الأغلبية العددية التي أصبحت تميل لصالح البلدان النامية ، بطريقتين :

أ- عزل تصرفات المنظمات الدولية من مهمة إنماء القانون الدولي ، بإفراغها من القوة الإلزامية الضرورية لذلك •

ب- التقليل من أهمية العرف واستبداله بالمعاهدة •

الهدف من هذه المحاولة هو المحافظة على مكانة الدول العظمى ، في صياغة أحكام القانون الدولي ، لخدمة مصالحها ولرقابة

تطور القانون الدولي والتحكم فيه عن كثب •

إن الدول النامية - ورغم تفوقها العددي - يصعب عليها إبرام معاهدة دولية عادلة بمعنى الكلمة ، نظرا لمركزها السياسي والإقتصادي والاجتماعي والعسكري •

هناك ما يؤكد هذا الطرح ، إذ نلاحظ أن إبرام المعاهدات العامة (الشارعة) تواجهه عدة صعوبات ، من بينها استغراق مدة طويلة لإبرامها (تسع سنوات بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982) • كما تحتاج إلى مدة أطول لدخولها موضع النفاذ ، حيث بقيت بعض المعاهدات مدة تقدر بحوالي (14) سنة(1) •

6 - " الثورة " القانونية :

ظهر على صعيد العلاقات الدولية تيار يناضل من أجل إقامة قانون دولي منصف يخدم مصالح المنظومة الدولية • ولقد تمخض هذا النضال عن تبنى عدة قواعد ونظريات أهمها القواعد الآمرة الدولية ونظرية تغير الظروف ، والدعوة إلى إقامة نظام إقتصادي دولي جديد ،

يريد البعض التقليل من أهمية هذا الكفاح القانوني الذي تخوضه البلدان النامية - بصورة عامة - بحجة أنه غير فعال •

وفي الواقع ، فإن هذه البلدان في مركز الدفاع الشرعي ، يسمح لها القانون باستعمال الوسائل المناسبة لدفع الإعتداء من غير تجاوز • ولما كانت البلدان المتقدمة تسعى إلى تكريس تفوقها وهيمنتها بكافة الطرق ، بما في ذلك صياغة القواعد القانونية التي تراها مناسبة ، فإنه ينبغي على البلدان النامية خوض هذه المعركة على كافة الأصعدة بما في ذلك المشاركة أو المبادرة إلى صياغة القواعد القانونية المنصفة ، التي تراعي مصالح الجميع •

---

(1) - راجع الجدول المخصص لذلك الغرض في الصفحة (182) من البحث •

7 - تدخل المنظمات الدولية :

لم تعد المصادر التقليدية كافية لتنظيم العلاقات الدولية ، حيث أصبح تدخل تصرفات المنظمات الدولية من الأمور الملحة . خاصة وأن ميزان الأغلبية أصبح يميل لصالح البلدان النامية . لكن البلدان المتقدمة ترفض منح صلاحيات كبيرة لتصرفات المنظمات الدولية ، مما يعرقلها عن القيام بدور فعال في تنظيم العلاقات الدولية .
ورغم كل ذلك فإنها تمد القانون الدولي بقواعد قانونية عن طريق الصيرورة العرفية .

8 - الحتمية والتناقض في العلاقات الدولية :

توضح الخريطة الجغرافية السياسية والإقتصادية والعسكرية والعلمية مركز البلدان النامية من الدول المتقدمة والعكس . فالدول النامية تتوفر على الثروات الطبيعية - في الغالب - وهي تفتقر إلى الأموال اللازمة للقيام بعملية التنمية . كما تحتاج إلى الأسلحة للدفاع عن نفسها .
أما البلدان المتقدمة فإنها تحتاج إلى الثروات الطبيعية ، وتتوفر على الأموال والتطور التكنولوجي في كافة الميادين . والغريب في الأمر أنها حققت ذلك عن طريق نهب خيرات العالم الثالث . وهكذا تعود هذه الأموال إلى العالم الثالث في شكل قروض بسعر الفائدة لتزيد من نهب خيراته وإثقال كاهله بالديون .
هذا بالإضافة إلى كون الدول المتقدمة تهدد بصورة مباشرة أو غير مباشرة الدول النامية ، أو تساهم بطريق ما في قيام الحروب مما يؤدي إلى الزيادة في الإقبال على شراء الأسلحة .
حقا إنها علاقة غريبة . مستعمر بالأمس ناهب ومقرض اليوم . محتل بالأمس ومهدد لبيع أسلحته اليوم . وبين الأمس واليوم ، وهذا وذاك ، تظهر المصلحة فوق كل اعتبار . فكيف يتم التوفيق بين المصلحتين المتواجهتين ؟ تلك مهمة القانون الدولي الجديد ، وهو ما حاول البحث الإجابة عنه .

يهدف هذا البحث إلى وضع المنهجية المناسبة لتحقيق الانفراج السياسي والإقتصادي ؛ لكن كيف يتم تحقيق ذلك ، هل ينبغي وضع تقنين دولي تدعى الدول لتطبيقه ؟ وحينها يكون البحث بمثابة تأليف وجمع للقواعد التي تقرر ما يجب أن تكون عليه العلاقات الدولية " lex ferenda " .
أم ينبغي تقرير ما هو موجود ؟ وحينها يكون البحث عبارة عن تقنين لقواعد موجودة ، أي أنه يكون بحثا في حدود " lex lata " لا غير .

إن المنهجية المتبعة (التحليلية - الاستقرائية - الاستنتاجية) أملت اتباع الطريق الوسط ، حيث تم الإنطلاق من قواعد جوهرية موجودة "lex lata" وتم الوصول إلى الدعوة لإيجاد قواعد جديدة ، وتقرير ما ينبغي أن يكون عليه الواقع " lex ferenda " وهو ما تم في مختلف نقاط البحث.(1)

فعندما تعرضنا لمفهوم القاعدة العرفية وجدنا عدة إتجاهات تنادي بضرورة موافقة العرف لمبادئ سابقة وأعلى منه . ورغم اختلاف تسمية هذه المبادئ فإننا توصلنا إلى حقيقة مفادها تبعية العرف لقواعد معينة . ولذلك كان لزاما تحديد هذا الصنف من القواعد في شكل القواعد الآمرة الدولية .

كما وجدنا للإرادة مكانا خاصا في مختلف الإتجاهات ، واعتبرنا ذلك قرينة على أهميتها في نظرية العرف ، وتم الخروج من فكرة الإتفاق الضمني عن طريق فكرة التوافق في مواقف أشخاص القانون الدولي ، باعتبار هذا التوافق ناجم من التصرفات الإرادية الدولية للقيام بالسلوك وليس بهدف إحداث قاعدة قانونية (قاعدة عرفية) . وكصمام أمان لهذه المواقف كان لزاما أن يتم التعبير عن الإرادة في نطاق الشرعية الدولية .

إن فكرة الشرعية الدولية لازمت فكرة تنظيم المجتمع الدولي ، باعتبارها الإطار الذي يفضله أشخاص القانون الدولي لإقامة العلاقات الدولية . لكن الفرق بينه وبين الشرعية الدولية التي تبناها البحث ، يتمثل في مصدر كل منهما ؛ فبينما كان في البداية مصدرها مستمدا من إرادات الدول في شكل اتفاقية جماعية أو ميثاق دولي تنصاع له الدول ،

---

(1) - ذهب الأستاذ " ألفاريز " إلى ما يشبه ذلك حين قال : " ينبغي على التدوين ألا يرتكز على القانون الموجود ... ولكن ينبغي إقامة قواعد وفق المتطلبات الجديدة للحياة الإجتماعية . " راجع في ذلك كتابه :

- Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples ; paris , Montrougue , 1959 ; P: 518 .

فإن مصدر الشرعية التي تبناها البحث، يتمثل في قواعد لا تتحكم فيها إرادات الدول ؛ بل أنها تعتبر قيدا على هذه الإرادات (م 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات) . ولذلك تمت إضافة ركن ثالث للقاعدة العرفية يتمثل في الركن الشرعي ، مراعاة لمصالح أشخاص القانون الدولي كافة . واقتناعا من أن فكرة الشرعية هي السبيل الأمثل لتحقيق ذلك ، بدلا من فكرة الفعالية أو القوة ، التي كانت تهيمن على نظرية العرف .

كما ساعدت تلك الفكرة على تدعيم حركات التحرير الوطني بإعطائها دفعا قانونيا، يتمثل في الإعتراف بقدرتها على صياغة القانون الدولي الجديد، أو على الأقل الإعتراف بقدرتها على المساهمة في ذلك ، بفضل تقرير الشخصية الدولية لصالحها ، تنفيذا لروح بعض القواعد الآمرة الدولية ، واستفادة من توسع فكرة الشخصية الدولية، التي شملت المنظمات الدولية ، بفضل الرأي الإستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية " الكونت بيرنادوط" المؤرخ في 11/ أفريل / سنة 1949 .

إن فكرة الشرعية الدولية اتسعت لتشمل الميدان الإقتصادي في شكل السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، أو ما كان يسمى بحق تقرير المصير الإقتصادي ، حيث يتسنى للدول ، ممثلة الشعوب ، إستعمال عائدات هذه الثروات لتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية .

إن القضاء على الإستعمار وتحقيق التنمية الوطنية ، هي الهواجس الرئيسية لكافة الشعوب والدول النامية . وهو ما سعى البحث إلى تكريسه ، متبنيا في ذلك وجهة نظر العالم الثالث ، وساعيا إلى تثبيتها على الصعيد القانوني . مستندا في كل ذلك على القواعد الرئيسية في إطار التنظيم الدولي الحالي . وهو في جميع الحالات يبقى مساهمة متواضعة لتحقيق إقامة قواعد قانونية منصفة تخدم مصالح كافة الدول والشعوب .

تم بتوفيق من الله وعونه .

قائمة المراجع

أ - المراجع المكتوبة باللغة العربية :

* - الكتب :

1 - فؤاد شباط - الحقوق الدولية العامة - الطبعة الخامسة - جامعة دمشق سنة 1965 .

2 - محمد عزيز شكري - المدخل الى القانون الدولي العام (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار الكتاب - سنة 1968 .

3 - عصام صادق رمضان - المعاهدات غير المتكافئة - (دون ذكر الطبعة) القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1968 .

4 - جير هارد فان غلان - القانون بين الأمم - ترجمة عباس العمر - الجزء الأول - الطبعة الثانية - بيروت - دار الآفاق الجديدة - سنة 1970 .

5 - محمد طلعت الغنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - الجزء الأول الاسكندرية - منشأة المعارف - سنة 1970 .

6 - حافظ غانم - مبادئ القانون الدولي العام - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1972 .

7 - جريجوري تونكين - القانون الدولي العام - ترجمة أحمد رضا - مراجعة عز الدين فودة - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - سنة 1972 .

8 - محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول : القاعدة الدولية - الطبعة الأولى - القاهرة - مؤسسة شباب الجامعة سنة 1972 .

9 - محمد طلعت الغنيمي - الغنيمي في قانون السلام - (دون ذكر الطبعة) - الاسكندرية - منشأة المعارف - سنة 1973 .

10- محمد مغربي - السيادة الدائمة على مصادر النفط - (دون ذكر الطبعة) بيروت دار الطليعة - سنة 1973 .

11- حامد سلطان - أحكام القانون الدولي في الشريعة الاسلامية - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1974 .

12- محمد طلعت الغنيمي - الغنيمي في التنظيم الدولي - (دون ذكر الطبعة) - الاسكندرية - منشأة المعارف - 1974 .

13- عبد العزيز سرحان - القانون الدولي العام - الطبعة الثانية - القاهرة دار النهضة العربية - 1975 .

14- علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - الطبعة الحادية عشرة - الاسكندرية - منشأة المعارف 1975 .

15- حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - الطبعة السادسة - القاهرة - دار النهضة العربية - 1976 .

16- محمد بجاوي - من أجل نظام اقتصادي جديد - ترجمة جمال مرسي وابن عمار الصغير - الجزائر - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع سنة 1981 .

17 - محمد السعيد الدقاق - القانون الدولي : المصادر والأشخاص - الطبعة الأولى - بيروت - الدار الجامعية - سنة 1981 .

18 - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1983 .

* المعاهدات الدولية :

1- ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في 1945/06/26 .

2- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 1961/04/18 .

3- اتفاقيات ايفيان المبرمة بين الحكومة المؤقتة الجزائرية وفرنسا بتاريخ 1962/03/18 .

4- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بتاريخ 1969/05/23 .

5- قرار الجمعية العامة رقم 3281 (د - 29) المتضمن اعلان حقوق وواجبات الدول الاقتصادية . المؤرخ في 1974/12/12 .

* **الرسائل :**

1 - عبد العزيز سرحان - الأصول العامة للمنظمات الدولية - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية سنة 1968.
2 - علي عزت المنجقلي - سريان المعاهدة على الدول غير الأطراف - رسالة دكتوراه - القاهرة - جامعة عين الشمس سنة 1974 .
3 - محمد كامل ياقوت - الشخصية الدولية في القانون والشريعة الاسلامية - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - القاهرة - عالم الكتاب - سنة 1971 .
4 - صلاح الدين عامر - المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام - رسالة دكتوراه - القاهرة - دار الفكر العربي (دون ذكر السنة) .

* **المقالات :**

1 - أحمد عصمت عبد المجيد - تقرير عن الدورة الثانية لمؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (25) سنة 1969 .
2 - جعفر عبد السلام علي - وسائل تسوية المنازعات في معاهدة فيينا لعام 1969 - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد(25) سنة 1969 .
3 - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي في تقنين قواعد القانون الدولي وتطويرها - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (25) سنة 1969 .
4 - عبد الله الأشعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في ارساء القواعد العرفية لقانون البحار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد(35) سنة 1979 .

* ب . المراجع بالفرنسية :

الكتب :

1 - SCOTT (J.B) , VITORIA et SUAREZ ; contribution des théologiens au droit international moderne , PARIS , PEDONE 1939.

2 - L'HUILIER jean , Eléments du droit international public , PARIS; ROUSSEAU 1950 .

3 - DUPUY Rene jean , Le nouveau Panaméricanisme : évolution du sytème panaméricain vers le fédéralisme , Paris , pédone 1956.

4 - GAUDEMET Jean , La coutume au bas empire , 2° editions , NAPOLI LABEO , 1956 .

5 - ALVAREZ Alejondro , Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples , Paris , Montrougue1959 .

6 - CARBONIER Jean , La génèse de l'obligation dans l'apparition de la coutuma , 2° editions , France ; Poitier ,Marc Texier 1961 .

7 - CAHIER Philippe , Le droit diplomatique contenporain , Genève ; institut universitaire 1962 .

8 - TOUSCOZ Jean , Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris ,Vonçon 1964 .

9 - DEVISSCHER charles , les effectivités de droit international public , Paris ; pédone 1967 .

10 - TROUTSOS Athos ; Politique et droit dans les relations internationales , Athènes , P et Klissiounis 1967 .

11 - MAREK Krystina , les sources de droit international ; serie 1 volume 2 , C.PJ.I 1922 - 1945 .Genève , Presse de savoie 1967 .

12 - FRIDMANN Wolf , De l'effecacité des institutions internationales ; traduction de Mme SIMONE Dryfus , Paris , Néogravure 1970 .

13 - VELLAS Paul , Droit international public (institutions internationales) ,2° èditions , Toulouse ; Maurice espice 1970 .

14 - EISEMANN(P.M) et COUSTER (V.C) et HUR (P) ; Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J ;2°editions , PARIS ; Pé-done 1971 .

15 - ROUSSEAU Charles , Droit international public , T:1; introdution et sources , Paris , SIREY 1971 .

16 - FRIDMANN Wolf , Nouveaux aspects du droit international ;traduit Par Mr LAPRADELLE , Paris , éditons internationales 1971 .

17 - JULIEN - LAFERIERE François , Organisation des Etats américains ; Paris , P.U.F ; 1972 .

18 - CAVARE louis , Le droit internatinal public positif , T: 1 Notion de droit international public , 3° editions , PARIS ; Pédone 1973 .

19 - NICOLOUDIS Elie Paul ; La nullité de jus - cogens et le develppement du droit international public , Athênes , PAPAZISSIS 1974

20 - EISEMANN (P.M) et COUSTER (V.C) et HUR (P) ; Petit manuel de la Jurisprudence de la C.IJ , 3° editions , PARIS ,Pédone 1980 .

21 - DRYFUS Simone , Droit des des relations internationales , PARIS CUJAS 1981 .

22 - THIERRY hubert et CAMBACAU Jean , Droit international public ; PARIS , MONTCHRESTIEN 1981 .

23 - ANJAK Faiz , La codification des principes de la coexistence Pacifique ; ALGER , S.N.E.D ; 1982 .

* أحكـام المحاكم الدولية وآرائها :

1- Arrêt de la C.P.J.I , Affaire de GROELAND Oriental du05/04/1933; Recueil de la C.P.J.I , Serie A/B ; Fasc 53 - 1933 .

2 - Arrêt de la C.I.J ; affaire de droit d'asile DU 20/11/ 1950 .

3 6 Arrêt de la C.I.J .; affaire des pêcheries , du 18/12/ 1951 , C.I.J , recueil 1951 .

4 - Arrêt de la C.I.J ; affaire dedroit de passage du 16/04/1960 ; C.I.J,Recueil 1960 .

5 _ Arrêt de la C.I.J , affaire du Plateau continental du 20/02/ 1969 . C.I.J , Recueil 1969 .

6 - Arrêt de la C.I.J , affaire de BARCELONE - TRACTION du 05/02/1970 ; C.I.J , Recueil 1970 .

7 - Arrêt de la C.I.J , affaire de compétence en matière de pêcheries dans la mer de Nord du 52/07/1974 ; C.I.J , Recueil 1974 .

8 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernat l'affaire de BERNADOTT en date du 11/04/ 1941 ; C.I.J, Recueil 1949 .

9 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernant les réserves sur la convention contre le Génocide , du 28/05/ 1951 .

10 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernant la présence contiue de l'union sud africain dans le territoire NAMIBIEN , du 21/6/1971 .

11 - OPINION Dissidente de JUGE AMMOUN Fouad dans l'affaire : BARCELONE TRACTION du 05/02/ 1970 , C.I.J ; Recueil 1970 .

12 - OPINION dissidente du juge ALVAREZ Alegendro dans l'affaire de droit d'asile , C.I.J , Recueil 1950 .

* محاضرات أمام أكاديميـة القانون الدولي :

1 - LE FUR louis , Théorie de droit naturel depuis le XVII siecle et la doctrine moderne , R.C.A.D.I 1927 -II ,T:17 , LEYDE , AW Sijthoff 1927 .

2 - GARNER (J. W) , le developpement et les tendances récentes de droit international , R.C.A.D.I , 1931, T:35BORDEAUX ,CADORET 1932 .

3 - BOURQUIN Maurice , Droit international de la Paix , R?C.A.D.I; 1931-I , T: 35 BORDEAUX , CADORET 1932 .

4 - QUADRI Rolando , Le fondement du caractère obligatoire de droit international , R.C.A.D.I 1952 - I , T:80 ,Paris ;SIREY 1953 .

5 - ROUSSEAU Charles , Principes de droit international ; R.C.A.D.I 1958 - I ,T:93 ,Leyde ,A W SIJTHOFF 1958 .

6 - SORENSEN Max , Principes de droit international public ,R.C.A.D.I; 1960 - III ; T: 103 ,LEYDE , A W SIJTHOFF , 1960 .

7 - GIRAUD Emil , La droit international Public et politique ; R.C.A.D.I, 1963 - III , T: 110 ; Leyde ; A W SIJTHOFF 1966 .

8 - VENTURINI GIAN CARLO , La portée et les effets Juridiques des attitudes et actes unilatéreaux des Etats , R.C.A.D.I , 1964 - II; T: 112 ,leyde , A W SIJTHOFF 1964 .

9 - QUADRI Rolando , Cours général de droit international public ; R.C.A.D.I 1964 -III, T/113; leyde , A W SIJTHOFF 1966 .

10 - CASTANIDA Jorges , Valeur juridique des résolutions des Nations unies , R.C.A.D.I , 1970 - I , T:129,leyde , A W SIJTHOFF 1970 .

11 -CHAUMONT Charles , Cours général de droit international public, R.C.A.D.I,1970-I,T:129,leyde,AW Sijthoff 1970 .

12 - DUPUY René Jacques, LA contribution de l'académie au developpement de droit international ,R.C.A.D.I ,1973-I,T:138,LEYDE ,AW sijthoff1973.

13 - MERLE Marcel ,L'opinion Publique, R.C.A.D.I 1973-I,T:138 ; leyde , A W SIJTHOFF 1973 .

14 - BENEDETTO Conforti , Le role de l'accord dans le systême des nations unies , R.C.A.D.I , 1974 -II ,T:142 ,Leyde , AW sijthoff 1974 .

15 - GIUSEPPE Barile , Structure de l'ordre juridique international ; R.C.A.D.I , 1978-II,T:161, leyde , AW Sijthoff 1980 .

16 - ROBLEDO Antonio Gomez , Le ius - cogens international;sa génèse, sa nature,ses fonctions,R.C.A.D.I ,1981-III,T:172 , london , Martinus 1982 .

* مقالات في الدوريات :

1-KOPELMANAS Louis, la codification des coutumes du commerce international dans le cadre des commisions régionales ;A.F.D.I-1955 PARIS, C.N.R.S 1955.

2-DEHAUSSY JAQUES, Traveau de la commision de droit international des nation unies, A.E.D.I 1961,PARISC.N.R.S,1955.

3-DEVISSCHER Charles, Coutumes et traites en droit international Revue generale de droit international public,N°3-1955; PARIS Pedone 1955.

4-BADR Kasme , le role de l'O.N.U dans l'elaboration du droit de la mer, revue egyptienne du droit international,V.16 Annee 1960

5-NISOT JOSEPH , Le Concepte de jus cogens, Revue Belge de droit International, 1958-N°1 BRUXELLES,Institut de Sociologie 1968.

6-BENAR GEORGES et DEHAUSSY LOUIS , Source de droit international La coutume : conditions d'existance et preuve,J.C.D.I. Fasc 13B,2° editions 1960, editions technique 1960.

7-BENAR GEORGES, et DEHAUSSY Louis,Sources de droit international La coutume : Application et exmcution :J.C.D.I Fasc 13 C,1960 PARIS EDITIONS TECHNIQUE 1960.

8-BENAR GEORGES ET DEHAUSSY LOWIS, Sources de droit international La coutume ; J.C.D.I. Fasc I3 D. 8-1976,Paris editions technique 1976.

9-DAUDET YEVES et DUBOUIS Louis, Sources de droit international : La coutume : J.C.D.I Fasc I3 D, Paris editions techniques Annee 1976.

* مقالات خاصة :

1-EDWIN Burchard, La théorie et les sources de droit international Traduit par Mr BIAUJEAUD, Melanges geny, T.III, Paris;Recueil SIRY 1934.

2-LE FUT LOUIS, La coutume et les principes généraux de droit comme Sources de droit international public,mélanges GENY.T.III PARIS receuil SIRY I934-

3-DEVISS CHER CHARLES, Contribution à l'étude des sources de droit International,Mellangers geny T;III PARIS receuil siry I934.

4-MAREK KRYSTYNA,Contribution à l'étude de jus-cogens en droit international mellanges Guggenhiem GENEVE, TRIBUNE I968-

5-AGO Roberto, la condéfication de droit international et les Probles sa réalisation Mellanges Guggenhuem, GENEVE TRIBUNEI968-

* الرسائل :

1-GIANNI Gregoire,la coutume en droit international,These de Doctorat,PARIS, PEDONE 1931 -

2-SORENSEN Max, Les sources de droit international, thése de Doctorat copenhague, EINARMUNKSCAAD,1946-

3-MATEESCO NICOLAS, La Coutume source de droit international, thése de Doctorat,PARIS, I947 -

4-MALLEA Eduardo, quelques Considérations sur la relation entre les pricipes generaux de droit et de la courume,I.H.E,Paris, DACTYLOGRAPHIE I98I.

فهرس البحث :

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الثاني